

## Dificultades en la sanción de los delitos contra el medio ambiente en la normativa española

Daniel González Uriel<sup>1</sup>

daniel\_glez\_uriel@hotmail.com

Facultad de Derecho de Santiago de Compostela, España

DOI: 10.5377/derecho.v0i25.7425

Fecha de recibido: Febrero 2018 / Fecha de aprobación: Agosto 2018

### Resumen

La preocupación medioambiental ha provocado que se den respuestas internas e internacionales para hacer frente a los excesos contaminantes causados por los sistemas productivos, industriales y económicos, y por los modos de vida del hombre, que han originado daños al medio ambiente, en muchas ocasiones de carácter irreversible. Frente a esta situación ha surgido la convicción de la necesidad de proteger la naturaleza, con lo que los Estados y las Organizaciones Internacionales han tomado conciencia de la conveniencia de adoptar Convenios, Acuerdos, Tratados Internacionales, de cooperar en su salvaguarda y de adecuar sus legislaciones para proteger de una forma efectiva el entorno natural. En este trabajo se analiza la protección jurídica del medio ambiente desde una perspectiva global, valorando las implicaciones nacionales e internacionales. Se presta una atención especial a los delitos contra el medio ambiente tipificados en el Código Penal español y se exponen algunos aspectos problemáticos a la hora de enjuiciar tales conductas.

### Palabras Clave

Medio ambiente / Derecho Medioambiental Europeo / protección pública / delito ecológico / catástrofes naturales

### Abstract

Environmental concerns have led to internal and international responses to address the excesses of pollution caused by productive, industrial and economic systems and by man's livelihoods, which have caused environmental damage, many of them with an irreversible character. Faced with this situation has emerged the conviction of the need to protect nature, States and International Organizations have become aware of the convenience of adopting Conventions, Agreements, International Treaties, to cooperate in its safeguarding and to adapt their legislation to effectively protect the natural environment. This article analyzes the legal protection of the environment from a global perspective, valuing the national and international implications. Particular attention is paid to crimes against the environment as defined in the Spanish Penal Code and some problematic aspects are exposed when penalizing such conducts.

### Keywords

Environment / European environmental law / public protection / ecological crime / natural disasters

<sup>1</sup> Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 11-Refuerzo de Bilbao. Investigador en el Área de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela.

## Tabla de contenido

**1. La protección pública del medio ambiente.** 1.1. *El mandato constitucional.* 1.2. *La respuesta de la Comunidad Internacional.* 1.3. *El papel de la Unión Europea.* **2. vías de tutela.** 2.1. *El Derecho Administrativo.* 2.2. *El Derecho Penal Medioambiental.* 2.2.1. *Situación anterior al CP de 1995.* 2.2.2. *El delito contra el medio ambiente en el CP de 1995.* 2.2.3. *El Derecho Penal Medioambiental Europeo.* 2.2.4. *El Derecho Penal Medioambiental Internacional.* 2.3. *La protección civil del medio ambiente.* **3. Algunos elementos conflictivos en la judicialización de estos delitos.** 3.1. *Normas penales en blanco.* 3.2. *Dificultades en la obtención de medios de prueba.* 3.3. *Problemas de autoría.* 3.4. *La determinación de la relación de causalidad.* 3.5. *La responsabilidad civil y su cuantificación.* 3.6. *Casos mediáticos: expectativas generadas (y frustradas).* **4. Bibliografía.**

## 1. La protección pública del medio ambiente

### 1.1. El mandato constitucional

En las últimas décadas, fundamentalmente desde 1960-1970, se ha producido un cambio de paradigma en la protección del medio ambiente y se ha evidenciado la conveniencia de aunar esfuerzos y de lograr un *quorum* internacional: los Estados han sido conscientes de la imperiosa necesidad de conferir una tutela especial a dicho objeto de protección, se han intensificado los convenios internacionales y la actividad de las organizaciones internacionales, se ha previsto su salvaguarda en las constituciones nacionales, se han promulgado normas nacionales de desarrollo en diversos órdenes jurisdiccionales y se ha consolidado en la opinión pública la convicción de que urge adoptar medidas para preservar el medio en que nos desarrollamos.

Esta preocupación por los aspectos ecológicos no es algo novedoso de los siglos XX y XXI, puesto que en el Digesto ya se recogían “normas ambientalistas<sup>2</sup>”, v.gr, entre otras, las que prohibían la emisión de humos a los fundos vecinos. No obstante, la que sí podemos calificar como novedosa es la preocupación por poner límite a los excesos que los sistemas de producción y modos de vida del hombre producen en el medio ambiente: las industrias contaminantes, la globalización, la internacionalización de las relaciones comerciales y personales y la explotación descontrolada de los recursos naturales han producido un impacto ambiental de grandes magnitudes, y la comunidad internacional ha tomado conciencia de los abusos producidos. De este modo surge una crisis ecológica<sup>3</sup>, donde el planteamiento y la denuncia sobre temas ambientales marcan un frente de las relaciones internacionales de determinados ámbitos del Derecho Internacional y de la economía mundial, con lo que se plantea la adopción de medidas y de actos de la política y del poder para conservar y proteger el medio ambiente, el hábitat, el mar, las aguas, el aire, el espacio aéreo, el suelo y el subsuelo. Se toma conciencia de la necesidad de conjugar la conservación de la biodiversidad con el aprovechamiento sostenible y racional de los recursos naturales, así como de luchar contra el cambio climático e intentar remediar en la medida de lo posible la degradación del medio ambiente.

La Constitución Española (CE) de 1978 no es ajena a dicha preocupación. Así, en su artículo 45, ubicado sistemáticamente en el Capítulo Tercero, intitulado “*De los principios rectores de la política social y económica*”, aborda la cuestión medioambiental<sup>4</sup>. Como se puede apreciar, la Carta Magna

<sup>2</sup> IBÁÑEZ MÉNDEZ (2003), p. 46.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ RADÍO (2017), pp. 203-205.

<sup>4</sup> Artículo 45 de la CE: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado

eleva el medio ambiente a la categoría de valor tutelable por el ordenamiento jurídico, e incluso llega a apuntar la naturaleza de las sanciones imponibles a los infractores: penales o administrativas; es decir, es la propia CE la que posibilita la dualidad sancionadora por los dos órdenes jurisdiccionales. El hecho de encontrarse ubicado entre los principios rectores y no entre los derechos fundamentales, ni entre los derechos y deberes de los ciudadanos, en nada obsta la eficacia de su protección ni la necesidad de una actuación efectiva por los poderes públicos en dicho sentido, y no se trata de una mera declaración retórica sin efectos en la práctica. Por ello, la interpretación y entendimiento de la problemática medioambiental en el ordenamiento español debe tomar como punto de partida, indefectiblemente, el artículo anteriormente transcrito.

## 1.2. La respuesta de la Comunidad Internacional

La CE fue pionera entre los textos constitucionales en la defensa del medio ambiente, puesto que surge en un contexto histórico en que se puso de manifiesto que se estaba produciendo una degradación, en muchos casos irreversible, del medio natural. Entre otros hitos internacionales, podemos señalar que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) declaró el año 1970 como el “Año Internacional del medio ambiente”. Con posterioridad, podemos destacar, entre otros, los siguientes Convenios<sup>5</sup> y textos internacionales: el *Convenio de Berna sobre la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa*, suscrito en el año 1979, la *Carta mundial de la naturaleza* de la ONU de 1982, el *Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono* de 1985, el *Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono* de 1987, el *Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos, de los desechos peligrosos y su eliminación* de 1989, la *Declaración de la ONU sobre medio ambiente* del año 1992, la *Convención Marco de la ONU sobre cambio climático* de fecha 9 de mayo de 1992, el *Convenio marco sobre la diversidad biológica* del 5 de junio de 1992, la *Cumbre para la tierra de Río de Janeiro* celebrada en el año 1992, el *Protocolo de Kyoto* de 1997, la *Cumbre mundial para la Tierra* de 1997 (denominada usualmente Río + 5), la *Cumbre del Milenio* de la ONU del año 2000, la *Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible* de 2002 (conocida como Río + 10), la *Cumbre de la tierra de Río de Janeiro* del año 2012 (Río +20) o la *Cumbre del Clima de París* del año 2015, sin perjuicio de otros acuerdos, convenios y textos internacionales sectoriales específicos sobre materias concretas no referenciados en este momento.

Como se desprende de la mera enumeración efectuada, el tema analizado reviste una gran trascendencia y repercusión, y solamente mediante la implicación de todos los actores y sujetos internacionales se pueden conseguir los fines perseguidos. Se trata de un problema global, que afecta a todos, por lo que requiere de propuestas y de esfuerzos conjuntos, tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales. Por esta razón resulta preocupante el hecho de que EEUU haya decidido abandonar en el año 2017 el acuerdo sobre el cambio climático de París, alcanzado en el año 2015 por casi 200 Estados. Ello implica el abandono del acuerdo del segundo emisor mundial –solo superado por China– de gases de efecto invernadero, por lo que los objetivos de la Cumbre de París peligran, ya que es más difícil el desarrollo de estrategias globales eficaces para mitigar y adaptarse al cambio climático si la primera potencia mundial no participa de los medios y de los objetivos propuestos. Ante este giro en la política ambiental norteamericana solo cabe, además de esperar una rectificación por parte de su ejecutivo, una mayor cohesión y colaboración leal de los restantes firmantes del Acuerdo y, en última instancia, que la Unión Europea (UE) adopte un papel de liderazgo internacional en el ámbito de las políticas medioambientales: es mucho lo que está en juego y los Estados y organizaciones internacionales deben estar a la altura de las circunstancias y de los fines perseguidos.

---

anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

<sup>5</sup> BORRILLO (2011), p. 2.

### 1.3. El papel de la Unión Europea

La Comunidad Económica Europea (CEE) no contenía<sup>6</sup> en sus Tratados Constitutivos ninguna disposición legal que permitiera legislar o actuar en materia ambiental. Sin embargo, ello no resultó un óbice para la adopción de medidas medioambientales. El Parlamento Europeo adoptó en 1968 una resolución en la que solicitaba a los Estados miembros la realización de un balance de las legislaciones nacionales en vigor en ese momento, así como de las iniciativas tomadas o previstas, en el marco de la lucha contra la contaminación de las aguas, del aire y contra el ruido. En febrero de 1971, el Presidente de la Comisión Europea afirmó el propósito de recurrir al artículo 235 del Tratado de la CEE como soporte legal para elaborar regulaciones comunitarias directas en la materia. Otro momento que se debe destacar es la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la CEE de París, celebrada entre los días 19 y 21 de octubre de 1972, en que se asumió como misión propia de la CEE la protección del medio ambiente. Desde este momento inicial se han dictado numerosas normas comunitarias –más de 200–, tanto Directivas como Reglamentos. Así, la UE ha adoptado una política protectora del medio ambiente, ha tomado conciencia de la urgencia del problema abordado, de la necesidad de respuestas conjuntas de los Estados y sigue desempeñando un papel trascendental, como puso de manifiesto el Tratado de Ámsterdam<sup>7</sup>.

En cuanto a la normativa promulgada, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos atender a varias Directivas<sup>8</sup>: i) la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, que constituye la primera norma relativa a la evaluación del impacto ambiental en la entonces denominada CEE, actual UE; dicha norma fue modificada por la Directiva 97/11/CE de 3 de marzo. ii) La Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001, que tiene por objetivo regular la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), con la finalidad de conseguir un elevado nivel de protección del medio ambiente y de contribuir a la integración de aspectos medioambientales en la preparación y adopción de planes y programas, con el objetivo de promover un desarrollo sostenible. iii) La Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, que pretende la participación del público en la elaboración de determinados programas y planes medioambientales, mejorando el acceso de la población a la administración de justicia: se pretendía que los ciudadanos pudiesen participar en la preparación, la modificación o la revisión de los planes y programas comunitarios en las materias contenidas en el Anexo I de dicha Directiva, que eran los relativos a residuos, a pilas y a acumuladores que contengan determinadas materias peligrosas, los concernientes a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura, los residuos peligrosos, los envases y residuos de envases y los que abordasen la evaluación y gestión de la calidad del aire. iv) La Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, que tiene como principio fundamental “quien contamina paga”, expone en su considerando 13 que “[...] la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales”, por lo que no procederá su aplicación cuando no se pueda determinar el sujeto que ha contaminado de una manera efectiva. Además recoge en su artículo 2<sup>9</sup> la definición de daño medioambiental. Dicha

<sup>6</sup> VERCHER NOGUERA (2004), pp. 28-31.

<sup>7</sup> Que modificó el Tratado de la Comunidad Europea, e incluyó un nuevo art. 6 que señalaba: “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

<sup>8</sup> DEL CERRO BARJA (2004), pp. 129-142.

<sup>9</sup> Vid. definición del daño medioambiental en el artículo 2 de la Directiva 2004/35/CE.

norma limita<sup>10</sup> su ámbito de aplicación a los daños a la biodiversidad protegida y/o declarada comunitaria, a las aguas, al suelo y al subsuelo. A juicio de JORDANO FRAGA resulta llamativa la ausencia de la atmósfera, pero queda atenuada porque dicho bien ambiental es “vehículo transmisor de contaminación y en la medida en que la misma acabe en un medio receptor dentro del ámbito de la Directiva se operara esa inclusión”. Para implementar el sistema de responsabilidad medioambiental que establece, la Directiva recoge dos tipos de medidas<sup>11</sup>, a saber, preventivas y reparadoras. Las medidas preventivas deben ser ejecutadas por el operador con el objeto de impedir o reducir al máximo el daño. Las medidas reparadoras se recogen en el Anexo II de la directiva, y se subdividen en tres tipos: *reparación primaria*, centrada en la restitución *in natura* o en especie; la *reparación complementaria*, que es toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados; y *reparación compensatoria*, para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto.

v) La Directiva 2008/99/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal: simplemente es enunciada puesto que, a efectos expositivos, será tratada al abordar el estudio del Derecho Penal Medioambiental Europeo (*vid. infra*).

## 2. Vías de tutela

### 2.1. El Derecho Administrativo

La CE recoge en su artículo 45, como hemos visto, la necesidad de protección del medio ambiente, posibilitando la tutela administrativa y penal. Centrados en la primera, debemos estar a la distribución competencial operada en la propia CE. El artículo 149.1.23ª CE señala que “1. El Estado tiene competencia exclusiva en [...] 23ª. Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”. Por su parte, el artículo 148.1.9ª CE establece que “1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias [...] 9ª La gestión en materia de protección del medio ambiente”. Como se desprende de la lectura combinada de ambos preceptos, se ha configurado la protección medioambiental con la técnica legislativa de la ley básica estatal y su desarrollo por parte de las comunidades autónomas. Con ello surge una diversa configuración legal, y en la dialéctica unidad-diversidad<sup>12</sup> se generan tensiones que alcanzan a la propia estructura constitucional del sistema. El Tribunal Constitucional (TC) ha efectuado varias precisiones a propósito de las relaciones entre las leyes básicas estatales y la normativa de desarrollo de las CCAA. Así, la Sentencia del TC (STC) 87/1985, de 16 de julio, estableció la necesidad de que las normas sancionadoras que adopten las CCAA “no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio”. En la misma STC, el máximo intérprete constitucional llevó a cabo ulteriores precisiones: “La norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el artículo 149.1.1 CE, de modo que no podrá introducir tipos ni imponer sanciones que difieran sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio nacional”; también manifestó que “[...] la norma autonómica no infringirá lo dispuesto en el artículo 149.1.1 si se limita a sancionar, aunque de distinto modo, una conducta considerada ilícita en el ordenamiento general, y si

<sup>10</sup> JORDANO FRAGA (2005), pp. 4-6.

<sup>11</sup> NOVELLI (2012), pp. 46-48.

<sup>12</sup> JORDANO FRAGA (1998), pp. 5 y 6.

*tal sanción se proyecta sobre un bien [...] que no es distinto del también afectado por el derecho sancionador estatal [...]*”.

La STC 170/1989 también incide en este ámbito, especificando que las CCAA están habilitadas para al establecimiento de medidas que *“puedan completar o reforzar los niveles de protección previstos en la legislación básica, siempre que esas medidas legales autonómicas sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan, o limiten la protección establecida en la legislación básica del Estado”*. Por lo que respecta a los rasgos del Derecho Administrativo, deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar su eficacia en la tutela del medio ambiente. Sintéticamente podemos convenir<sup>13</sup> en que dicho orden jurisdiccional es un Derecho preventivo, regulador, armonizador, que establece pautas, de formación vertical y que se encuentra mediatizado por la presión internacional –ejercitada a través de Tratados, Acuerdos y Convenios Internacionales–, por el sistema económico, por la propia estructura administrativa del país y, en última instancia, por el reparto competencial que la CE establece entre los distintos entes territoriales. El especial objeto sobre el que recaen las normas, el medio ambiente, conlleva que<sup>14</sup> los recursos naturales estén sometidos a un conjunto de decisiones de planificación, de gobierno, de medidas relativas a su explotación y distribución, y ello se plasma en normas administrativas dirigidas de modo primario a los órganos administrativos y solo de modo secundario a los ciudadanos.

El Derecho Administrativo Medioambiental, por tanto, sigue las pautas de actuación administrativa, que FERNÁNDEZ DE GATTA<sup>15</sup> concreta en *“actividad de policía o de limitación, actuación de fomento o estimulante, actividad de prestación o de servicio público y actividad o gestión económica”*. A juicio de dicho autor, las medidas que se han adoptado por los poderes públicos en la defensa del medio ambiente han sido inicialmente “curativas” –en las décadas de 1970 y 1980–, cuando el peligro era evidente o el daño ya se había producido, y de dicho sistema se pasó, dada su insuficiencia, pero sin abandonar su adopción, sino complementándolas, a las medidas “preventivas”, adoptando instrumentos que tratan de proteger el medio ambiente, evitando los procesos de contaminación, o, al menos, minimizándolos. Además, subraya que la protección conferida por los instrumentos “curativos”, debido a razones de urgencia, se organizó mediante medidas sectoriales, con relación a los medios más afectados por los procesos industriales –el aire y el agua–, que dichas medidas parciales no se basaban en instrumentos ecológicos y que los mismos se fundamentan en *“la clásica forma de actuar de la Administración Pública: supervisión y control, inspección y sanción”*.

El referido carácter sectorial produce una gran dispersión normativa, con una multitud de leyes y otros tantos desarrollos autonómicos, lo que dificulta la labor de interpretación y aplicación, por cuanto el juez tiene que acudir a distintas fuentes, con constantes remisiones a otras normas legales e infralegales. Esto se pone de manifiesto en el Preámbulo de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, que señala que la legislación medioambiental *“debe ser clara y otorgar seguridad jurídica”*; además, efectúa una dura crítica de la técnica legislativa y administrativa empleada hasta entonces, exponiendo que *“Esta reforma parte del presupuesto de que la eficacia de las normas ambientales **no puede identificarse con la yuxtaposición de planes, programas, autorizaciones, permisos y otras medidas de difícil aplicación real y práctica**. Antes al contrario, una protección eficaz está reñida con el exceso retórico y normativo que lleva a la atrofia; y exige el establecimiento de reglas claras y sencillas que protejan el medio ambiente y fomenten un desarrollo compatible e integrado en él. En suma, la legislación ambiental también debe ser sostenible”*. Además, se subraya que era necesario delimitar las competencias sancionadoras de las Entidades Locales en materia de residuos y suelos contaminados, disponiendo que las ejercerán respecto de los residuos cuya recogida y gestión les corresponda. Esta ley modifica el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; también introdujo reformas en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ LEÓN (2005), p. 169.

<sup>14</sup> GONZÁLEZ GUITIÁN (1989-1990), p. 116.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2006), pp. 258-261.

Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero<sup>16</sup>.

Con este breve enunciado de leyes podemos entender la dificultad añadida para los operadores jurídicos: la dispersión normativa. Debemos tener presente que tales normas van acompañadas de los respectivos desarrollos autonómicos, sin olvidar las directrices de la Unión Europea, por lo que se trata de un sector del ordenamiento jurídico fragmentado, dinámico y en constante evolución.

Como ya hemos apuntado, las competencias y potestades administrativas son muy amplias en este sector. Abarcan desde la autorización, el control, la supervisión o la inspección, hasta la imposición de sanciones. En este punto es relevante poner el foco de atención en la actividad preventiva y previa, que se ve materializada en los siguientes instrumentos y técnicas de intervención y control administrativo<sup>17</sup>: i) la licencia, entendida como autorización sometida al principio de igualdad, mediante la cual se concretan los principios generales de la ley, plasmados en los respectivos planes y programas; este instrumento debería dejar de ser algo rutinario o meramente formal, como señala RODRÍGUEZ LEÓN, y debería aplicarse todo el rigor en sus dos fases, a saber, el control de legalidad en los requisitos para su obtención y un posterior seguimiento permanente, para confirmar la adecuación de la conducta a lo concedido. Asimismo, apunta dicho autor que debería otorgarse siempre previo informe técnico vinculante y que no debería permitirse su obtención en virtud de silencio administrativo. ii) Podemos añadir como instrumentos de control la realización de inspecciones periódicas por parte de los entes públicos, sin dejar tal actividad a meras entidades privadas, así como la necesidad de emitir informes de impacto ambiental por parte de los administrados que desempeñen actividades autorizadas que conlleven riesgos medioambientales, -con carácter anual o semestral-, y la verificación de los mismos por parte de la Administración. Con esta suerte de auditorías medioambientales se detectarían de forma precoz los posibles daños medioambientales y podría actuarse con mayor celeridad en su erradicación o minimización de efectos. A la Administración compete esencialmente, por lo tanto, dicha actividad preventiva y de control, sin perjuicio de su potestad sancionadora y de la adopción de las medidas pertinentes en dicho campo. En este sentido, debemos valorar positivamente algunas resoluciones de los tribunales de lo contencioso-administrativo, en las que se aplica el principio de acción preventiva frente a la contaminación, pero imponiendo una serie de limitaciones a la actuación administrativa en este ámbito<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> A título meramente ejemplificativo podemos mencionar otras normas estatales relevantes en el ámbito analizado: la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y de Protección de la Atmósfera o la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ LEÓN (2005), pp. 176-182.

<sup>18</sup> DE LA VARGA PASTOR (2017), pp. 152-155. Así, en la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 5 de abril de 2017, en la que se cuestionaba un artículo de una ordenanza municipal que pretendía hacer pagar una tasa al denunciante cuando se denunciase una infracción acústica y el resultado de la inspección determinase que no había existido incumplimiento de la normativa. La Sala conjuga los principios de protección preventiva y de proporcionalidad, y estima que no se puede atender a datos puramente objetivos a la hora de atribuir la tasa, que la inspección podría iniciarse de oficio, que la denuncia opera de forma preventiva y con la finalidad de tutela del medio ambiente –salvo casos de temeridad o de denuncias infundadas que no tendrían encaje en este supuesto-. Por tales motivos considera que las denuncias se incardinan en el principio de acción preventiva y que los costes que se deriven de ellas deberán ser asumidos por los titulares de las actividades efectivamente contaminantes y declara nulo el precepto de la tasa.

## 2.2. El Derecho Penal Medioambiental

### 2.2.1. Situación anterior al CP de 1995

Al analizar el Proyecto de Código Penal (CP) de 1980, la doctrina<sup>19</sup> señalaba que en España, hasta ese momento, no existía una figura específica que pudiera denominarse delito ecológico o ambiental, por lo que los tipos penales existentes hasta entonces solo protegían al medio ambiente de forma indirecta. A su vez, en cuanto a las leyes especiales, la protección dispensada también resultaba ocasional, puntual y dispersa, y se recogían algunas normas penales especiales en los siguientes textos: la Ley de Protección de Pájaros Insectívoros de 1896, que inicia la senda<sup>20</sup> de la protección penal del medio ambiente y de las especies, continuada en la Ley de Pesca fluvial, de 20 de febrero de 1942, en la Ley de Pesca Marítima de 31 de diciembre de 1946, en la Ley sobre energía Nuclear, de 29 de abril de 1964 y en la Ley 1/1970, de Caza, de 4 de abril. Ante dicha ausencia en el texto punitivo y siguiendo el mandato constitucional, el Proyecto de CP de 1980 consignó la materia en los artículos 323-325. No obstante, la incorporación del delito ecológico se operó con la reforma del CP en virtud de la Ley Orgánica (LO) 8/1983, de 25 de junio, que introdujo el artículo 347 bis CP<sup>21</sup> dentro de los delitos contra la salud pública. DE VEGA RUIZ<sup>22</sup> concretaba sus caracteres exponiendo que se trataba de una infracción de naturaleza especial, *sui generis*, que se configura como un delito de peligro en el que el resultado tiene consecuencias agravatorias, y en el que el concepto de peligro es en principio ambiguo; además, detallaba que se trataba de una norma penal en blanco, ya que el tipo contempla como elemento normativo “*contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente*”, y que el precepto planteaba como problema la reparación civil del daño causado, por la dificultad de su evaluación. A propósito de dicho artículo, QUERALT JIMÉNEZ<sup>23</sup> consideraba que, pese al “*maremágnum normativo*” era correcto el aspecto sancionador, tanto administrativo como penal, pero criticaba la ausencia de previsiones legales sobre la reparación del medio ambiente dañado y la ausencia de una “*concienciación social de la infracción*”, tomando en consideración lo reducido de las sanciones pecuniarias previstas para los infractores, junto con “*la falta de un sistema de prevención adecuado, de inspección, control y verificación a la hora de autorizar instalaciones y durante su vida útil*”.

El Proyecto de Código Penal de 1992, como apuntaba GARCÍA VALDÉS<sup>24</sup>, agrupaba en el Título XIII los delitos urbanísticos, contra el medio ambiente y los relativos a la protección de fauna y especies protegidas, conformando el denominado “delito ecológico”. A juicio de dicho autor el prelegislador podía optar entre dos alternativas: la técnica de las leyes penales especiales –como se regulaba en Italia-, estableciendo una protección sectorial y específica, o bien, acudir al criterio de la unificación –como en el CP alemán-, y que fue el criterio seguido en el Proyecto, que tenía como objetivo la concentración de tales tipos en el CP; cabría, no obstante, acudir a una tercera alternativa, expuesta por BACIGALUPO ZAPATER<sup>25</sup>, que consistía en que se incluyeran algunos supuestos de hecho en el CP, cuando su estructura no se refiriera a cuestiones reguladas en otras leyes de manera muy directa, y que a la vez se incorporasen disposiciones penales en las leyes penales de protección del medio ambiente; sin embargo, podemos considerar que con tal solución se perpetuaría la dispersión normativa, constituyendo un *tertium genus* poco funcional, con continuas remisiones y búsquedas del intérprete a la hora de delimitar las fronteras entre

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ RAMOS (1980-1981), pp. 283-287.

<sup>20</sup> QUERALT JIMÉNEZ (1994), p. 61.

<sup>21</sup> Artículo 347 bis CP: “*será castigado [...] el que contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles [...]*”.

<sup>22</sup> DE VEGA RUIZ (1991), pp. 21-29.

<sup>23</sup> QUERALT JIMÉNEZ (1994), pp. 66-68.

<sup>24</sup> GARCÍA VALDÉS (1992), pp. 60-63.

<sup>25</sup> BACIGALUPO ZAPATER (1980-1981), p. 196.



los ordenamientos sancionadores penal y administrativo. En los delitos contra el medio ambiente se incorporaban las radiaciones o vibraciones que puedan perjudicar gravemente la salud de las personas o las condiciones de vida, y la novedad de inhabilitar a los funcionarios públicos y facultativos que hubiesen concedido licencia o silenciase la infracción reglamentaria dolosamente; también se regulaba la posibilidad de atenuar la pena cuando el culpable procediera voluntariamente a reparar el daño causado. En último término, como novedad, se refería la importante despenalización operada en este ámbito, con una disposición derogatoria relativa la Ley de Caza en que se prescribía que “los delitos y faltas previstos en dicha ley, no contenidos en este Código, tendrán la consideración de infracciones administrativas muy graves”.

En cuanto al Anteproyecto de Código Penal de junio de 1994, coincidía QUERALT<sup>26</sup> en resaltar los mismos tres aspectos positivos en materia de protección medioambiental: la introducción del castigo de los facultativos y funcionarios públicos si estaban en connivencia con el solicitante, la fijación de un tipo atenuado en el caso del “*antiecológico arrepentido*”, cuando el autor hubiera llevado a cabo una reparación seria, real y efectiva del daño causado, y la incorporación al CP de las disposiciones penales recogidas en las Leyes de Caza y de Seguridad Nuclear.

### 2.2.2. El delito contra el medio ambiente en el CP de 1995

La criminalidad contra el medio ambiente se puede incluir en la categoría del “Derecho Penal moderno”. ABEL SOUTO<sup>27</sup> sintetiza los rasgos esenciales de dicha evolución en los siguientes aspectos: se distinguen difícilmente las categorías de autoría y participación, se pone en entredicho el principio de proporcionalidad al castigarse comportamientos imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos, se produce una expansión del Derecho Penal por la globalización y la integración supranacionales, se exacerba la prevención, surgen nuevos bienes jurídicos, se amplían los riesgos relevantes, se flexibilizan las reglas de imputación y se relativizan los principios político-criminales de garantía –a lo que podemos añadir, desde el año 2010, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el abandono del principio *societas delinquere non potest*-. Por ello aboga dicho autor por un “Derecho de intervención”, que se ubique entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, con menos garantías y formalidades procesales que el Derecho Penal, pero con sanciones no tan intensas.

Efectuada dicha introducción, procede atender a la regulación del delito contra el medio ambiente recogida en los artículos 325-331 del CP, en el Capítulo III, *De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, del Título XVI, *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*. Además, el Capítulo IV del referido título abarca la protección *De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos*, y el Título XVII, que lleva por rúbrica *De los delitos contra la seguridad colectiva*, también contiene preceptos que tutelan la materia ecológica, bien de forma directa o indirecta, en sus Capítulos I (*De los delitos de riesgo catastrófico*) y II (*De los incendios*), siendo muy significativa la protección del medio ambiente en este último Capítulo, como se refleja en la posibilidad de adoptar medidas excepcionales<sup>28</sup> cuando se cometan.

<sup>26</sup> QUERALT JIMÉNEZ (1994), p. 68.

<sup>27</sup> ABEL SOUTO (2002), pp. 52 y 53.

<sup>28</sup> El artículo 355 CP establece que: “[...] los Jueces o Tribunales podrán acordar que **la calificación del suelo en las zonas afectadas por un incendio forestal no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años**. Igualmente podrán acordar que **se limiten o supriman los usos** que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, así como la **intervención administrativa de la madera quemada** procedente del incendio”.

El tipo básico se establece en el artículo 325 CP<sup>29</sup>. El bien jurídico protegido es el medio ambiente<sup>30</sup>, entendido como el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y de la flora, y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies. La doctrina discrepa sobre el entendimiento de dicho bien jurídico, a propósito de su naturaleza autónoma<sup>31</sup> o dependiente. Un autorizado grupo de autores defiende una postura antropocéntrica de dicho bien jurídico, entendiendo que el objeto de protección sería el “medio ambiente propicio para la vida”, partiendo de la lectura del artículo 45 CE, en conexión con la anterior redacción del artículo 347 bis CP, mientras que otro sector estima que el medio ambiente es objeto directo de tutela, sin necesidad de remisión o reenvío a otros bienes principales. Podemos efectuar una breve referencia a la polémica doctrinal suscitada al respecto<sup>32</sup>: la tesis ecocéntrica considera que la protección del medio ambiente no depende de la tutela otorgada a la vida y seguridad de las personas, por lo que se predica su autonomía, su contenido y entidad propios, sin perjuicio de que existan tipos agravados en consideración a la vida y a la salud del hombre, puesto que podemos entender que ello conllevaría un plus de antijuridicidad, que en nada empece la autonomía predicada. Por su parte, entre los partidarios de posturas antropocéntricas, podemos mencionar a SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ<sup>33</sup> o a HEFENDEHL<sup>34</sup>. En este trabajo me adscribo a una postura ecocéntrica –sin perder de vista los aspectos antropocéntricos subrayados en los tipos agravados–, por lo que parto de la autonomía de dicho bien jurídico y de la posibilidad de su lesión o puesta en peligro pese a que no se afecte a bienes y derechos personales puesto que, como ha subrayado ROXIN<sup>35</sup>, “la afectación a un bien jurídico no presupone necesariamente la lesión de derechos subjetivos, como muestran, por ejemplo, los delitos contra el medio ambiente”.

Derivada de la anterior polémica doctrinal aparece otra: si se trata de un bien jurídico supraindividual o colectivo. Señala DE LA MATA<sup>36</sup> que la terminología jurídica alude indistintamente a bienes supraindividuales, universales, colectivos, institucionales, macrosociales, de interés plural, generales, difusos, sociales, multipersonales, estatales, plurisubjetivos, y que todos ellos presentan como rasgo común que se refieren a intereses que no pueden vincularse con carácter exclusivo a un sujeto individual con facultad de disposición sobre ellos. En opinión de CEREZO MIR<sup>37</sup>, en el art. 325 CP se recoge una postura ecocéntrica y debe diferenciarse entre bienes jurídicos colectivos y supraindividuales; los colectivos son un mero instrumento para la protección de los bienes individuales y supraindividuales, y no se les puede dotar de

<sup>29</sup> Artículo 325 CP: “1. Será castigado [...] el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas [...]”.

<sup>30</sup> MUÑOZ CONDE (2010), pp. 591-595.

<sup>31</sup> TERRADILLOS BASOCO (2005), pp. 131-135.

<sup>32</sup> OCHOA FIGUEROA (2014), pp. 282-285.

<sup>33</sup> SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (2012), pp. 26 y 27, “las condiciones físicas cuya alteración puede adquirir relevancia penal son aquellas que sirven al desarrollo de la persona, no las que sirven al desarrollo de otros seres vivos. Por tanto, para que pueda afectar al medio ambiente será necesario poder afirmar que aquella misma afectación, aunque no sea de manera directa, incide o puede incidir en el desarrollo (presente o futuro) de las personas”, no obstante, a posteriori, tales autores sostienen que la postura antropocéntrica no impide considerar que el medio ambiente sea un bien jurídico autónomo.

<sup>34</sup> HEFENDEHL (2008), p. 171, “una concepción ecocéntrica del bien jurídico no se podría compatibilizar con la tarea del Derecho Penal, que debe hacerse cargo de la conducta dañosa para la sociedad y, con ello, para los miembros de ella”.

<sup>35</sup> ROXIN (2013), p. 20.

<sup>36</sup> DE LA MATA BARRANCO (2005), p. 14 y 15.

<sup>37</sup> CEREZO MIR (2002), pp. 56-58.

carácter autónomo, por lo que no podrían ser objeto de protección penal sin referencia a los bienes jurídicos individuales. Por ello, considera el medio ambiente como un bien supraindividual. En cuanto a las restantes características del tipo básico, efectuando un simple esbozo, podemos concretarlas en que constituye una norma penal en blanco –con remisión a “*las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*”–, en el que la acción consiste en provocar o realizar, directa o indirectamente, emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos y captaciones de aguas. Combina un tipo de resultado con un tipo de peligro –*que cause o pueda causar*–, y en cuanto a la entidad de dicho peligro, la doctrina mayoritaria<sup>38</sup> lo califica como un delito de “peligro hipotético”, a medio camino entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, en los que, si bien no es necesario demostrar una situación de peligrosidad concreta, la conducta debe presentar, al menos, una actitud lesiva que sirva para cualificarla frente a las meras infracciones de naturaleza administrativa. Además, a propósito de la consideración del delito continuado, la jurisprudencia<sup>39</sup> y la doctrina mayoritarias<sup>40</sup> estiman que no es posible aplicar el delito continuado, en atención a la estructura del tipo y al carácter normativo y global de algunas de las conductas típicas consagradas en el precepto. Nos encontraríamos así ante los denominados “delitos de acumulación”, y ello tiene consecuencias en el cómputo de la prescripción, por cuanto solo se inicia desde que cesa la actividad antijurídica o se perpetra el último hecho de la cadena punible. No obstante, entiendo que si los vertidos se prolongan en un espacio temporal prolongado –varios años, por ejemplo–, no habría obstáculo legal en considerar que ha existido un delito continuado, pese a la categoría de los “conceptos normativos globales”, ya que estimar que solo se ha producido un delito sería contrario al principio de proporcionalidad con otros supuestos menos duraderos.

Por lo que hace a los restantes tipos del Capítulo mencionado, de forma telegráfica podemos exponer que se recogen las siguientes conductas típicas<sup>41</sup>: el artículo 326.I CP castiga a los que

<sup>38</sup> MUÑOZ CONDE (2010), p. 593; MENDO ESTRELLA, A., (2008), pp. 247 y 248, apunta que los delitos de peligro hipotético también se denominan “de peligro abstracto-concreto, de aptitud o de peligro potencial”.

<sup>39</sup> Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (STS) de 13 de febrero de 2008 “[...] los vertidos, emisiones, etc. que constituyen el núcleo del comportamiento típico, no pueden, así, ser considerados aisladamente, sino en referencia al resultado de peligro, lo que hace, aun cuando se dan los requisitos de homogeneidad que exige el art. 74 CP, prácticamente inviable la apreciación del delito continuado [...]”, resolución que menciona la doctrina recogida en la STS de 12 de diciembre de 2000, reiterada en las posteriores SSTs de 29 de septiembre de 2001, de 11 de febrero de 2003, o de 2 de junio de 2003, en las que se afirmaba que: “nos hallamos, no ante un delito continuado, como erróneamente lo califica la sentencia de instancia, sino ante lo que un sector de la doctrina llama tipos que incluyen conceptos globales, en los que se describe la correspondiente infracción por medio de unos términos que abarcan en su seno una pluralidad que se integra en un solo delito”. En igual sentido la STS de 2 de noviembre de 2004, que aclara que aunque un solo vertido puede dar lugar al delito ecológico “lo normal es que sea una pluralidad de vertidos lo que determina la subsunción, por ello es patente que esa pluralidad de acciones emisoras las que, en su conjunto, dan lugar a la contaminación grave que requiere el tipo penal.... al tratarse el término “vertido” de un concepto normativo global que incluye en su comprensión la pluralidad de acciones emisoras, supuesto siempre que se trata de la misma actividad industrial”.

<sup>40</sup> RAFOLS PÉREZ (2004), pp. 226 y 227; DEL MORAL GARCÍA (2004), p. 112, puntualiza que es posible apreciar continuidad si se trata de varias empresas regentadas por el mismo titular o gestionadas por las mismas personas; apunta además otro problema temporal: cuándo acaba una infracción y comienza un segundo delito, a lo que responde que “desde el momento en que se tiene conocimiento oficial de la investigación judicial penal sobre la actividad, podrá romperse la unidad de acción y empezar a hablarse en su caso de un nuevo delito”.

<sup>41</sup> Simplemente se enuncian las conductas típicas, sin hacer mención a la remisión a las leyes u otras disposiciones sancionadoras, ni a los restantes requisitos de peligro sintetizados en los artículos 326.I y 326 bis en la fórmula: “de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, por lo que se recomienda al lector que acuda al CP para una lectura

recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades; el artículo 326.2 sanciona “a quien fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior, traslade una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos”. Podemos efectuar una breve pausa en este punto y analizar la técnica legislativa empleada en el texto punitivo en dicho tipo. Aparece configurado de modo subsidiario y mediante una norma penal en blanco, que remite “al Derecho de la UE” y constituye<sup>42</sup> un delito de mera actividad, de peligro abstracto, caracterizado por la simple contravención de la regulación administrativa, con lo que existe una plena identificación entre ilegalidad penal e ilegalidad administrativa, lo que conlleva la infracción del principio de intervención mínima.

Sin embargo, en cuanto al núcleo de dicho tipo llama la atención un aspecto esencial: ¿qué es una cantidad no desdeñable? Con tal expresión se vulnera de modo flagrante el dogma legalista en cuanto al principio de taxatividad de los tipos, ya que no se conoce con la debida precisión cuál es la conducta, cuándo constituye infracción penal, cuándo es una infracción administrativa o qué se considera una cantidad no desdeñable. Además, pone de relieve la desidia y dejadez del legislador, que se ha limitado a copiar el texto del apartado c) del artículo 3 de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal<sup>43</sup>, sin efectuar una lectura crítica de la traducción ni de sus perniciosas consecuencias. Se trata de una oda a la imprecisión, que sobrepasa con mucho el ámbito de los conceptos valorativos o de los conceptos jurídicos indeterminados, que no se puede equiparar a conceptos más fácilmente aprehensibles, como “notoria importancia”, “extrema gravedad” u otros similares, y que conlleva un subjetivismo judicial exacerbado, que arroja en manos del juzgador y de sus meras impresiones personales cuándo estamos ante algo “desdeñable”, adjetivo etéreo, difuso, inconcreto, vago, genérico, confuso y que, para más inri, se ve precedido por el adverbio<sup>44</sup> “no”, lo que provoca aún mayor dificultad en su fijación. Se trata de un recurso lingüístico innecesario, vacío, desafortunado y cuyo mantenimiento provoca inseguridad jurídica. Por ello, antes de que se prosiga en la senda de la hipertrofia normativa y de que se dicte una Ley básica de cantidades no desdeñables, con sus 17 desarrollos autonómicos que perfilen de una forma distinta tal novedosa magnitud, considero que éste es el lugar adecuado para solicitar del legislador la reformulación de la conducta contenida en el mencionado precepto y que, en consecuencia, se establezca una mayor precisión y claridad en su determinación.

Por su parte, el artículo 326 bis CP castiga a los que *lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos*. El artículo 327 CP impone la pena superior en grado de los tres artículos anteriores cuando la industria o actividad funcione clandestinamente, si ha desobedecido órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de actividades, si ha falseado u ocultado información sobre aspectos ambientales, si ha obstaculizado la labor inspectora de la Administración, si ha producido un riesgo de deterioro catastrófico o irreversible, o si ha llevado a cabo una extracción ilegal de agua en período de restricciones. Por otra banda, el artículo 328 CP recoge las penas imponibles a las personas jurídicas que cometiesen tales delitos. El artículo 329 CP recoge varios tipos especiales referidos a autoridades o funcionarios públicos, que serán

---

íntegra de los preceptos mencionados.

<sup>42</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI (2015), p. 97.

<sup>43</sup> En dicho precepto, la Directiva efectúa la siguiente remisión: “[...] el traslado de residuos, cuando dicha actividad esté incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 35, del Reglamento (CE) no 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos (I) y se realice en cantidad no desdeñable [...]”, pero en el Reglamento de referencia no se contiene ninguna definición de “cantidad no desdeñable”.

<sup>44</sup> Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “denota la inexistencia, o lo contrario, de lo designado por la voz a la que precede o la ausencia de lo expresado por ella”.

castigados si, a sabiendas, hubieren informado favorablemente la concesión de licencias manifestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, en segundo lugar, cuando con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio. En el apartado 2 de dicho artículo 329 CP se sanciona con las mismas a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. Constituyen todos estos supuestos una especie dentro del género de las prevaricaciones administrativas, y se ubican sistemáticamente en este Capítulo por razón de la materia sobre la que recae la conducta indebida del funcionario público o autoridad, por lo que se pueden reconducir a la denominación unitaria de “prevaricación medioambiental”. El artículo 330 CP fundamenta su punición en el lugar en que recae la conducta delictiva, un espacio natural protegido, y castiga al que *dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo*. El último precepto del Capítulo III<sup>45</sup>, el artículo 331 CP castiga los hechos tipificados en dicho capítulo con la pena inferior en grado cuando hubieran sido cometidos por imprudencia grave.

### 2.2.3. El Derecho Penal Medioambiental Europeo

La UE<sup>46</sup>, como proyecto de integración territorial, tuvo en su origen una finalidad económica y mercantil: pretendía la creación de un mercado común, que posteriormente avanzó a una unión monetaria. Con el devenir de la práctica comunitaria se puso de manifiesto la utilidad de sus fórmulas y mecanismos de actuación en otros ámbitos, abarcando mayores competencias y objetivos. Sin embargo, en lo que concierne a la política penal, existe acuerdo en la doctrina<sup>47</sup> en que la UE carece de competencias penales, no pudiendo crear normas penales ni imponer tales sanciones, siendo éste un ámbito reservado a la soberanía estatal. No obstante, pese a que no exista una atribución competencial directa, ha surgido en los últimos años una tendencia al acercamiento entre los ordenamientos punitivos de los Estados miembros. Como sostuvo TIEDEMANN<sup>48</sup> hace dos décadas, no parece esperable a corto plazo la promulgación de un Código Penal Europeo, teniendo en cuenta la multiplicidad de valores culturales europeos y el carácter político del Derecho Penal —con una fuerte vinculación a la tradición—, pero sí se aprecian elementos tendentes a la aproximación y a la equiparación. En dicha línea, GRASSO<sup>49</sup> exponía que los órganos de la UE debían tener el poder de intervenir para efectuar una

<sup>45</sup> Debemos traer a colación en esta nota las Disposiciones Comunes del Capítulo V, que son de aplicación a todo el Título. Así, el artículo 338 CP establece un tipo agravado, ya que “cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas”. El artículo 339 CP se centra en las medidas de reparación del daño, recogiendo que “los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”. Por último, se consagra en el artículo 340 CP un tipo atenuado que toma como fundamento la conducta posterior del autor del delito “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”; este tipo privilegiado participa de la misma naturaleza que la atenuante de reparación del daño, por lo que su fundamento se basa en razones de política criminal y la reparación —o el intento reparador— debe ser seria, real, efectiva y en la medida de las posibilidades del sujeto infractor. Este precepto ofrece una rebaja sustancial, por cuanto si solo concurriera una circunstancia atenuante —la atenuante genérica de reparación en delitos de otra naturaleza, según el artículo 66.1.1ª CP, los jueces o tribunales “[...] aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito”, mientras que en este supuesto se rebaja en un grado la pena.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ URIEL (2017), pp. 168 y 169.

<sup>47</sup> BLANCO CORDERO (2004), pp. 2 y 3.

<sup>48</sup> TIEDEMANN (1996), pp. 386-392.

<sup>49</sup> GRASSO (1998), pp. 188-191.

armonización de las disposiciones sancionatorias nacionales o para imponer la introducción de supuestos de hecho uniformes, en donde resultase necesario para la consecución de sus objetivos.

Precisamente, la materia medioambiental europea ha sido uno de los máximos exponentes de la armonización de los ordenamientos penales, como puso de manifiesto la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, cuya anulación fue pretendida ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En dicho proceso se dictó la Sentencia (STJUE) de 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. Consejo*, asunto C-176/03<sup>50</sup>, que reconoció que, pese a que la UE carezca de atribuciones penales, el legislador europeo puede adoptar medidas relacionadas con el Derecho Penal de los Estados miembros para proteger el medio ambiente, con lo que existe una cierta “competencia implícita” o por conexión, en aquellos supuestos en que se persiga la consecución de las metas y objetivos que se encuentren explicitados entre las materias propias de la UE. Ello ha cristalizado en el artículo 83, apartados 1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)<sup>51</sup>. Así, en materia penal, destaca la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, que toma como punto de partida que “*la experiencia ha demostrado que los sistemas de sanciones existentes no son suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación para la protección del medio ambiente*”, y recoge que es necesario aplicar sanciones más disuasorias a las actividades perjudiciales para el medio ambiente. Por ello consagra en su artículo 3 una serie de conductas que deberán ser tipificadas como delitos por los Estados miembros, los cuales<sup>52</sup> “[...] se asegurarán de que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave [...]”. En el artículo 5 incide en la naturaleza de las sanciones que se deben imponer en tales casos, que deben ser “*sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias*”. Los artículos 6 y 7 aluden específicamente a la posibilidad de sanción penal de las personas jurídicas en tales supuestos. La UE confiere al medio ambiente, por lo tanto, una protección de carácter integral –administrativa, civil y penal-. El hecho de armonizar los ordenamientos penales de los Estados miembros refleja una sensibilidad especial para con dicha problemática, la voluntad de buscar respuestas uniformes y la gravedad de la cuestión, con lo que se pone de relieve el carácter transnacional de esta delincuencia, la insuficiencia de los esfuerzos aislados por parte de las legislaciones nacionales y la necesidad de respuestas conjuntas.

<sup>50</sup> STJUE de 13 de septiembre de 2005, parágrafos 47 y 48 (negrita y cursiva mías): “47 [...] Es cierto que los artículos 2 a 7 de dicha Decisión comportan una armonización parcial de la legislación penal de los Estados miembros, especialmente por lo que se refiere a los elementos constitutivos de diferentes infracciones penales contra el medio ambiente. Ahora bien, en principio, **la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal** [...]. 48 Sin embargo, esta constatación **no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental**, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de **sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias** constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente”.

<sup>51</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR (2014), pp. 151 y 152. Se permiten Directivas que impongan a los Estados miembros la obligación de tipificar como delitos el incumplimiento de determinadas normas europeas en materias de competencia comunitaria, siempre que sea indispensable para asegurar su eficacia y proteger los intereses de la UE con una mínima homogeneidad.

<sup>52</sup> Vid. artículo 3 en que se contienen las conductas que deben ser tipificadas como delitos. DE MIGUEL PERALES (2011), p. 88, analiza la transposición de la Directiva y señala que “se puede apreciar [...] una ausencia de criterio del legislador español, que se limita a (casi) copiar la Directiva, sin pretensión de armonizar, aprovechar o mejorar lo ya existente en nuestra normativa nacional”.

## 2.2.4. El Derecho Penal Medioambiental Internacional

En línea con el carácter transfronterizo y las repercusiones sociales, económicas, políticas, jurídicas y medioambientales de esta tipología delictiva, algún autor<sup>53</sup> ha defendido la necesidad de creación de un Derecho Penal Internacional del medio ambiente, con el establecimiento incluso de un tribunal supranacional que castigara estos delitos y se ocupara de cuestiones medioambientales, partiendo de dos premisas: la concienciación de que la protección del medio ambiente es una tarea global y la asimetría existente entre la capacidad de los sistemas judiciales y la capacidad de las grandes multinacionales —cuando son ellas quienes cometen los actos ilícitos— para sustraerse de todo tipo de control eficaz. Con dicho punto de partida, apunta la necesidad de tipificar cinco delitos internacionales<sup>54</sup>: i) ecocidio, ii) geocidio, iii) patrimonicidio, iv) delitos de tráfico ilícitos relacionados con el medio ambiente y v) delito ecológico transfronterizo grave; en dicho sistema, los tres primeros debería ser sometidos al principio de Justicia Universal y sobre ellos debería de tener competencias la Corte Penal Internacional (CPI) o un tribunal penal internacional medioambiental; los dos últimos, podrían ser juzgados por los propios Estados en virtud del Derecho interno armonizado. Esta propuesta resulta original, pero tiene el inconveniente de la falta de un consenso internacional a propósito de la tipificación de tales conductas y, fundamentalmente, el defecto de postergar gran parte de la protección a un tribunal *ad hoc*, especial, sin tal atribución competencial en el caso de la CPI, o aún no creado —si se opta por la creación de un órgano nuevo—, con la posible vulneración del principio del juez ordinario predeterminado por la ley. Además, parte de una desconfianza innecesaria en los sistemas judiciales internos. La justicia universal no puede ser considerada la panacea, antes al contrario, son los ordenamientos jurídicos internos y, fundamentalmente, los órganos judiciales nacionales quienes deben salvaguardar los bienes jurídicos dignos de tutela.

## 2.3. La protección civil del medio ambiente

En último lugar debemos destacar que, pese a que hasta ahora se han expuesto las vías de tutela del medio ambiente de naturaleza pública, el Derecho Privado también contiene disposiciones que pretenden la defensa del entorno, si bien, se basan en el individuo y en sus relaciones de vecindad, focalizando la problemática ecológica desde una vertiente o perspectiva privada o doméstica. Por tanto, pese a que se trata de una protección complementaria de la recogida en los instrumentos de Derecho Público, no podemos infravalorar su virtualidad, por lo que apuntaremos algunos de los cauces que se pueden emplear en el orden jurisdiccional civil, siguiendo a CONDE-PUMPIDO TOURÓN<sup>55</sup>: i) *la acción negatoria*, que tiene una eficacia preventiva, y pretendería la cesación de la actividad perturbadora y la abstención de realización de la misma en el futuro. ii) *La responsabilidad civil extracontractual*, del artículo 1902 del Código Civil (CC), es la vía ordinaria, y se empleará cuando la contaminación ya ha producido sus

<sup>53</sup> NIETO MARTÍN (2012), pp. 138, 152 y 153.

<sup>54</sup> Síntesis de los tipos expuestos por NIETO MARTÍN: En el “*ecocidio*” el daño al medio ambiente es el instrumento para exterminar a una raza o etnia o, para privar a una comunidad indígena de su identidad étnica, cultural o provocar su desplazamiento forzoso. El “*geocidio*” abarca daños al medio ambiente extendidos y duraderos, realizados con dolo o negligencia, realizados sin justificación económica o social alguna, y que conllevan una repercusión internacional. El “*patrimonicidio*” lo conecta a la expoliación de los recursos naturales derivados de actos de abuso de poder, bien por dirigentes de un país o de empresas multinacionales. Los “*delitos de tráfico ilícitos relacionados con el medio ambiente*” tendrían por objeto los residuos, especies protegidas y sustancias peligrosas. El “*delito ecológico transfronterizo grave*” versaría sobre los casos en los que el daño al medio ambiente afecta gravemente a la salud o la vida de una pluralidad de personas en otro país.

<sup>55</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN (1989), pp. 31-35.

efectos<sup>56</sup>. iii) *La responsabilidad contractual*: pueden establecerse limitaciones en la ley<sup>57</sup> o en las estipulaciones contractuales. iv) *Las acciones derivadas del condominio*: en el mismo sentido que en la LAU, la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) impide en su artículo 7.2 que se desarrollen en el piso, en el local o en el resto del inmueble, “*actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*”. v) *Las acciones posesorias*<sup>58</sup>: pueden ser empleadas para recuperar o retener la posesión, pretender la suspensión de una obra nueva, o para que se resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; todos estos supuestos deben ser puestos en conexión con el artículo 590 CC<sup>59</sup>.

### 3. Algunos elementos conflictivos en la judicialización de estos delitos

#### 3.1. Normas penales en blanco

Como hemos apuntado, los delitos contra el medio ambiente se articulan mediante el expediente de las normas penales en blanco o necesitadas de complemento<sup>60</sup>. El término “norma penal en blanco” fue ideado por BINDING y se caracteriza porque se trata de una ley que contiene únicamente la sanción correspondiente a un precepto no especificado en la misma, y que remite, expresa o tácitamente, la determinación concreta de ese precepto a una autoridad distinta y de rango inferior; es decir, la norma penal contiene la consecuencia jurídica, pero no precisa de forma completa el supuesto de hecho. Podemos seguir la clasificación doctrinal<sup>61</sup> y diferenciar entre normas penales en blanco propias e impropias. Las propias son aquéllas que remiten a una instancia o autoridad legislativa inferior, como ocurre con las alusiones que se efectúan a los reglamentos y conllevan como riesgo que suponen una quiebra del principio de reserva de ley que permite definir delitos a la Administración. Las impropias son aquéllas que remiten a cuerpos distintos del texto punitivo, bien sea a otras leyes de la misma instancia o a convenios internacionales.

Esta técnica legislativa es útil en sectores como el medioambiental, que se caracteriza por la heterogeneidad y el dinamismo, por lo que el ordenamiento punitivo se ve obligado a acoger tipos tendencialmente abiertos que posibiliten la adaptación de la norma a los cambios sociales y técnicos sin tener que realizar continuas modificaciones en el CP<sup>62</sup>, con lo que se evita la petrificación y el anquilosamiento normativos<sup>63</sup>, puesto que existen otras ramas del ordenamiento en que la actividad normativa es incesante, debido al “*carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de regulación*”; por ello, en este ámbito se acepta el carácter accesorio del Derecho Penal con relación al ordenamiento administrativo, desempeñando un

<sup>56</sup> La Jurisprudencia de la Sala Iª del TS se basa en 4 pilares: 1.- inversión de la carga de la prueba, con presunción de culpa del causante del daño, 2.- el principio de que cuando en una actividad arriesgada se produce un daño previsible y evitable, la adopción de las medidas de seguridad reglamentarias o usuales es insuficiente para exonerar de responsabilidad, 3.- el empleo del principio “pro perjudicado” en la apreciación de la prueba y 4.- la elevación del nivel de diligencia exigible o “agotamiento de la diligencia”

<sup>57</sup> V. gr., el artículo 27.2.e) de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos (LAU), de 24 de noviembre, que proscribía actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas en el inmueble arrendado, lo que puede tener efectos medioambientales positivos para los restantes usuarios del inmueble.

<sup>58</sup> Artículo 250.1. 4º, 5º y 6º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC).

<sup>59</sup> Vid. artículo 590 CC, que recoge las prohibiciones de construir cerca de una pared ajena o medianera.

<sup>60</sup> MESTRE DELGADO (1988), p. 507; RUIZ-JARABO COLOMER (1983), pp. 56-59.

<sup>61</sup> ABEL SOUTO (2005), pp. 16-19.

<sup>62</sup> TERRADILLOS BASOCO (1996), pp. 307-316.

<sup>63</sup> ABEL SOUTO (2005), p. 20 y 21.



papel<sup>64</sup> “auxiliar o secundario”, pero el legislador penal<sup>65</sup> “debe configurar claramente lo que conocemos como desvalor de acto y desvalor de resultado”. No obstante, se plantean una serie de problemas al acudir a las normas penales en blanco, que la doctrina<sup>66</sup> concreta en los siguientes: se puede infringir el principio de legalidad, por cuanto la Administración puede decidir, mediante normas con rango inferior a la ley, cuándo una determinada conducta se convierte en punible; también se ha apuntado que se vulnera el principio de división de poderes cuando la norma complementadora provenga de una instancia que carezca de competencias penales y que, en relación al principio de igualdad, a través de dicha técnica se puede atribuir por vía indirecta competencias penales a las Comunidades Autónomas, lo que carecería de cobertura constitucional y vulneraría el artículo 149.1.6ª CE, que consagra la competencia estatal exclusiva en materia de legislación penal.

Sin embargo, podemos considerar removidos tales obstáculos y estimar que no se vulnera el principio de legalidad cuando los elementos esenciales del tipo se contengan en el precepto del texto punitivo, que la división de poderes no se ve afectada, por cuanto la propia Constitución prevé la competencia normativa de las CCAA en materias susceptibles de normas penales en blanco –significadamente, en materia de medio ambiente–, y un entendimiento diverso podría atentar contra la configuración territorial del Estado y contra las competencias legislativas y de desarrollo asumidas en los Estatutos de Autonomía. Por lo que hace al último elemento destacado, la quiebra del principio de igualdad, podemos convenir con SILVA SÁNCHEZ<sup>67</sup> en que, como subraya la STC 120/1998, “el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente”, por lo que la función de la norma autonómica se reduce a constituir “un elemento inesencial de la figura delictiva”; por otro lado, las normas autonómicas no pueden introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido; así, el principio de igualdad de trato no veta la desigualdad en sí, sino la arbitrariedad. Por tanto, no vulneran dicho principio de igualdad “siempre que constituyan figuras subsidiarias, necesarias por razones de protección, carentes de alternativas preferibles, y limitadas a una remisión de aspectos no esenciales del tipo”.

Por todo lo expuesto debemos admitir la virtualidad del empleo de las normas penales en blanco, pese a los inconvenientes que dicha técnica comporta, siempre y cuando no constituyan un mero trámite que vacíe por completo de contenido los tipos y constituya una habilitación omnimoda a la Administración, en cuyo caso nos hallaríamos ante una práctica fraudulenta e inconstitucional. Otro elemento perturbador relacionado con la normativa penal en blanco es la

<sup>64</sup> RUIZ-JARABO COLOMER (1983), p. 58; GONZÁLEZ GUITIÁN (1989-1990), p. 117, “el Derecho Penal flanquea y complementa la normativa administrativa protectora del ambiente”; FRISCH (2015), p. 13, “complementario y accesorio”, ya que “Se puede penar lo que no está permitido prepenalmente; le está vedada la punición de lo que conforme al orden normativo pre-penal y de aplicación primaria (especialmente el Derecho público) está (ha sido) permitido”.

<sup>65</sup> GARCÍA ARÁN (1992-1993), p. 85.

<sup>66</sup> DE LA MATA BARRANCO (2005), pp. 31-35; MESTRE DELGADO (1983), pp. 523 y 524, se muestra especialmente crítico con su uso en el delito medioambiental, entendiendo que no se pretende reprimir la lesión o puesta en peligro del medio ambiente, sino que se busca el cumplimiento del ordenamiento administrativo, en cuyo ámbito objetivo se encuentran tales bienes jurídicos; considera que la inclusión en el tipo de la infracción de normas extrapenales “distorsiona gravemente la eficacia de la protección penal”. Debemos efectuar dos matizaciones: los tipos penales medioambientales no tutelan el cumplimiento de la norma administrativa, postulado que sería propio de las doctrinas funcionalistas sostenidas por JAKOBS y sus seguidores, sino que se protege el bien jurídico “medio ambiente”; en segundo lugar, podemos destacar que el hecho de que exista una dualidad sancionadora, administrativa y penal, no debe conllevar disfunciones en el sistema: dicho bien jurídico tiene la entidad suficiente para ser protegido por ambos ordenamientos, por lo que, a la hora de interpretar y aplicar los tipos penales debe prestarse especial atención al principio de intervención mínima, al carácter fragmentario, subsidiario y de *ultima ratio* del ordenamiento penal.

<sup>67</sup> SILVA SÁNCHEZ (1998), pp. 492-496.

pluralidad de fuentes de distinto orden que el juzgador debe manejar. No basta con acudir al texto punitivo, sino que debe atender a una pluralidad de leyes y normas de rango inferior a la ley, con lo que la dispersión normativa provoca inseguridad jurídica en la determinación y fijación inicial de la conducta típica, por lo que puede llegar a dificultar las labores de investigación y determinación de los hechos. Por ello sería conveniente la reducción de las fuentes, la refundición de textos normativos administrativos cuando fuere posible y, en última instancia, la elaboración de códigos administrativos medioambientales que concentren la materia; no obstante, las formas codificadas tienden a la permanencia, por lo que esta última fórmula sería, *a priori*, la menos aconsejable si pretendemos un cuerpo normativo dinámico, avanzado, eficaz y que responda con celeridad a las nuevas necesidades que surjan.

### 3.2. Dificultades en la obtención de medios de prueba

Los delitos que analizamos suelen presentar una instrucción compleja porque se requieren conocimientos científicos y técnicos, así como una serie de elementos tecnológicos para su detección. Por ejemplo, en el supuesto de vertidos contaminantes en un río por una empresa: ¿cómo delimitar cuándo se ha iniciado la infracción? ¿Qué sucede si existen varias empresas o entidades que se han sucedido en la actividad, cómo se deslinda la atribución de los hechos? ¿Cómo se determinan los efectos nocivos producidos? Como se puede apreciar, con esta mera enunciación de supuestos se constata lo arduo de tales investigaciones: sin los medios técnicos y materiales es imposible determinar si se dan los elementos del tipo o no. Con ello se evidencia que en estos delitos la prueba pericial resulta del todo punto esencial, lo que nos conecta con la obtención de los materiales, restos, vestigios o efectos del delito y su ubicación: el espacio natural tiene el carácter de volátil, cambiante, está sometido a las condiciones meteorológicas y a la acción del hombre; por ello, la recogida de los elementos necesarios para la determinación de los hechos debe efectuarse con celeridad. Dicha diligencia de recogida puede ser practicada<sup>68</sup> a prevención por la propia policial judicial, cuando aún no exista causa judicial, o bajo la superior dirección del Juez Instructor cuando estén incoadas diligencias penales, dado que labor especializada de búsqueda y ocupación de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito en el lugar de los hechos compete al personal técnico especializado de la Policía Judicial. Sin embargo, ello debe cohonestarse con que en muchas ocasiones los daños dimanantes del delito no aparecen hasta transcurrido un largo lapso temporal, por lo que la necesidad de adoptar las medidas adecuadas en el menor tiempo posible se ve contrariada por la duración de las instrucciones, en ocasiones demasiado prolongadas en el tiempo.

Podemos poner otro ejemplo gráfico<sup>69</sup> que manifiesta las complicaciones expuestas: en el supuesto de vertidos contaminantes por una industria, ha de efectuarse una fijación fotográfica y planimétrica. Además, se deben tomar muestras para precisar la calidad del agua, del aire y del suelo; debe describirse el mecanismo general que explica el daño a los recursos hidrobiológicos generado; se deben estudiar los métodos de filtrado y si ha existido contaminación subterránea. A su vez, ha de tenerse presente si existen otras fuentes emisoras concurrentes en el vertido, puesto que, v.gr. en el caso de un río, pueden ser varias las empresas que viertan en sus aguas y solo alguna/s lo haga infringiendo las normas administrativas. Después de este análisis técnico, y

<sup>68</sup> GRANADOS PÉREZ (2004), pp. 18 y 19, trae a colación la STS 2184/2001, de 23 de noviembre, donde se señala que “la recogida previa de las muestras o vestigios del delito constituye una diligencia policial **que no tiene la naturaleza de prueba preconstituida** y que, en la medida que constituye un antecedente necesario del dictamen pericial emitido en el juicio, **necesita ser incorporado al mismo mediante la comparecencia y declaración de los agentes que la practicaron**, sin que sean aplicables a estas actuaciones policiales las exigencias propias de la prueba preconstituida, pues no tienen dicha naturaleza, sin perjuicio de someterse a los principios de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión”.

<sup>69</sup> Vid. “Problemas forenses relacionados con delitos ambientales: La prueba de la causalidad. Jornada de Fiscales Especializados en Delitos Ambientales 04 y 05 de Septiembre de 2014”, celebrado por Fiscales de Chile, p.11, disponible en <http://studylib.es/doc/8077094/-dificultades-en-la-acreditaci%C3%B3n-de-conductas-t%C3%ADpicas-en-...> [Consultado el 12/09/2017].

a resultas del mismo, debe realizarse una evaluación sobre las posibles consecuencias para la salud animal o vegetal, el abastecimiento de la población y el impacto ambiental acaecido. Se observa que es una delincuencia con aspectos muy técnicos, en la que el juez de instrucción requiere de la máxima colaboración, mediante dictámenes periciales completos, concretos, detallados y, sobre todo, comprensibles para los profanos en la materia medioambiental, que permitan concretar cómo se han producido los hechos, cuándo, qué alcance han tenido y cuáles pueden ser sus ulteriores consecuencias.

A juicio de ROLDÁN BARBERO<sup>70</sup>, estos delitos son “invisibles” porque no son debidamente percibidos como tales por la sociedad y su magnitud solo se constata cuando existen catástrofes medioambientales. Señala dicho autor como principales obstáculos para que existan sentencias condenatorias: las dificultades en la detección de los autores, la abundancia en las normas penales de elementos de valoración jurídica y técnico-científica, la fluida frontera entre la infracción penal y la administrativa –con prevalencia de esta última–, la mala técnica legislativa y la falta de habituación de jueces y fiscales. Además, entre las formas de investigación, añade a las “instancias de control formal (policía, fiscalía y judicatura)” algunos métodos de toma de conocimiento: los estudios muestrales, el conocimiento estadístico, la observación directa y las entrevistas con los sujetos intervinientes. Podemos convenir en su utilidad complementadora o auxiliar.

### 3.3. Problemas de autoría

Una vez que se han determinado los hechos punibles, como corolario lógico, debemos responder a la pregunta: ¿quién ha sido el/los autor/es? Cuestión de gran complejidad en los supuestos analizados, por cuanto suele tratarse de hechos cometidos en la explotación de una industria –no analizaremos, por tanto, los casos en que sea un autor individual quien contamine, porque no existiría la problemática apuntada– y resulta de suma importancia precisar el elemento subjetivo al que atribuir tal conducta. Debemos diferenciar entre la responsabilidad penal de las personas físicas y de las personas jurídicas. Por lo que respecta a la primeras, ZUGALDÍA ESPINAR<sup>71</sup> señaló que, a la luz de la jurisprudencia constitucional<sup>72</sup>, se había corregido la interpretación del artículo 31 CP (anterior artículo 15 bis CP 1973), y que en el ámbito del delito ecológico no tenía cabida su aplicación, ya que no se trataba de un delito especial, por lo que no era dable atribuir a los integrantes de los órganos directivos de una entidad la responsabilidad penal por dicho cargo, *per se*, sin atender a la acción concreta desempeñada: había que clarificar quién era el responsable en la empresa del tema debatido, quién tenía deberes de control y supervisión, etc., es decir, debían individualizarse las responsabilidades. Por tanto, es necesario precisar qué sujeto, bien por acción –ordenando la acción contaminante– u omisión –incumpliendo su posición de garante–, y por dolo o imprudencia grave, ha cometido la concreta conducta subsumible en el tipo. Como ha señalado HEFENDEHL<sup>73</sup>, “*autor debiera ser, entonces, aquel que tenga el dominio del hecho sobre un acontecimiento que conduce al daño para el medio ambiente*”. Debemos tener en cuenta en dicha precisión que<sup>74</sup> “*la despersonalización de los individuos que comporta la personificación del ente colectivo*” complica la labor; además, determinadas actuaciones son fruto de “*decisiones diluidas personalmente*”, se tiende a una

<sup>70</sup> ROLDÁN BARBERO (2003), pp. 58, 62 y 63.

<sup>71</sup> ZUGALDÍA ESPINAR (1997), pp. 219-221; DEL MORAL GARCÍA (2004), p. 109, en igual sentido.

<sup>72</sup> En concreto la STC 253/1993 de 20 de julio de 1993, interpretando el artículo 15 bis del CP de 1973, exponía que “[...] no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio precepto [...]”.

<sup>73</sup> HEFENDEHL (2008), p. 181 y 182.

<sup>74</sup> DEL MORAL GARCÍA (2004), p. 101-104.

actuación mecánica de los órganos de control a la hora de aprobar planes o decisiones de los inferiores, y no suele existir constancia documental de tales acuerdos.

Con relación a las personas jurídicas, su responsabilidad penal fue establecida en el artículo 31 bis CP por la LO 5/2010, de 22 de marzo; a su vez, dicho régimen se amplió en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo los artículos 31 ter, quater y quinquies. Con ello se puso fin al apotegma *societas delinquere non potest* en nuestro ordenamiento punitivo. En el artículo 31 bis CP se prevé la posibilidad de declarar su responsabilidad penal siempre que se den los requisitos allí expuestos<sup>75</sup>, implantando un sistema de *numerus clausus* y, a través del artículo 328 CP, se afirma dicha responsabilidad en los delitos contra el medio ambiente; además, se recogen las causas de exención, lo que se conecta con la figura del *compliance normativo*<sup>76</sup>. Por tanto, las empresas deben actuar con una diligencia reforzada, implementando medidas preventivas para evitar el delito y actuando con agilidad si el mismo se comete. Debemos abogar por un cumplimiento normativo eficaz, efectivo y que sirva como parámetro para medir el compromiso medioambiental de todos los agentes intervinientes.

En último término debemos subrayar que es posible que se declare la responsabilidad penal de la persona jurídica pese a que la persona física efectivamente responsable no haya sido identificada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (ex. artículo 31 ter CP); ello puede provocar algo<sup>77</sup> “pragmático”, ya que “*si bien las posibilidades de sanción a organizaciones reducen los problemas de persecución, no se alcanzarían mejores efectos de prevención*”. Comparto la crítica formulada por el autor alemán, lo que debe servir como estímulo al instructor: no se pueden adoptar actitudes de desidia o condescendencia por el hecho de que ya exista una imputación de hechos delictivos frente a una persona jurídica, sino que deben apurarse todas las opciones posibles hasta identificar a los sujetos intervinientes y concretar sus responsabilidades. De lo contrario, la prevención general se vería menoscabada por cuanto los sujetos que contaran con la cobertura de la persona jurídica no temerían la persecución penal con la misma intensidad.

### 3.4. La determinación de la relación de causalidad

Como puso de relieve el considerando 13 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, “*No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales*”. Como se constata, el punto de partida es la dificultad a la hora de determinar los posibles agentes dañinos. Para precisar el curso causal es preciso que tomemos en consideración dos aspectos esenciales: i) la estructura de los tipos como tipos de peligro hipotético y ii) los daños acumulados o acumulativos.

<sup>75</sup> Vid. Artículos 31 bis, ter, quater y quinquies CP.

<sup>76</sup> VELASCO NUÑEZ/SAURA ALBERDI (2016), p. 35, “el “compliance” como concepto general, se refiere al cumplimiento normativo, a la cultura de ética corporativa y al sometimiento a la ley en cualquiera de sus ámbitos por las empresas, [...], frente al “compliance penal” que únicamente incide en el análisis de los riesgos de las 26 categorías penales contempladas en la parte especial del Código Penal”. Debe conectarse esta definición con lo previsto en el artículo 31 bis.2.1ª CP que recoge que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal cuando “*el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”.

<sup>77</sup> HEFENDEHL (2008), p. 182.

i) Por lo que respecta a la estructura del tipo, como hemos subrayado, la doctrina mayoritaria lo considera de peligro hipotético, al igual que la jurisprudencia del TS desde<sup>78</sup> la STS de 1 de abril de 2003, como constata, en términos gráficos, en su STS de 30 de julio de 2004, en la que señaló que *“parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante y a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo”*. DE LA CUESTA AGUADO<sup>79</sup> sintetiza las diferencias con la determinación del nexo causal en los delitos de peligro concreto exponiendo que, en este caso, la relación se sustituye *“por un nexo lógico basado en un juicio de pronóstico que se fundamenta tanto en criterios monológicos de las ciencias naturales y de la experiencia como en un juicio de valor de carácter normativo de forma que, de este modo, desaparecen todos los problemas derivados de la relación de causalidad para estos supuestos”*, y ofrece una serie de criterios para valorar la idoneidad de la conducta para producir un resultado, que podemos resumir en los siguientes: las propiedades de la sustancia emitida o vertida, es decir, su composición; la intensidad con que se ha realizado la acción, su duración o permanencia de la acción o sus efectos, lo que tiene su repercusión en que *“la mayor parte de la doctrina admite la validez de la ley estadística como fundamentadora de una relación de causalidad en estos casos”*. A estos criterios podemos añadir otros como el análisis de posibles sucesiones de empresas —en que puede resultar arduo, cuando no imposible, deslindar qué contaminación ha sido provocada por cada industria—, las modificaciones producidas en la flora y fauna circundantes, o las posibles enfermedades de trabajadores de tales centros o de personas que habiten o transiten por las inmediaciones de la instalación, así como un análisis de las enfermedades comunes padecidas por la población residente en dicho lugar durante la actividad industrial. Como podemos constatar, dichos elementos son periféricos o circundantes, por lo que la prueba indiciaria<sup>80</sup> cobra un protagonismo especial en estos ilícitos, y no solo en el tipo objetivo sino, y sobre todo, en el caso de la vertiente interna o subjetiva del tipo, por cuanto suelen cometerse mediando dolo eventual y, como ha destacado la STS 81/2008 de 13 de febrero, *“El dolo será normalmente un dolo eventual o de segundo grado, siendo improbable la apreciación del dolo directo, ya que normalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se comete con una finalidad inocua para el derecho penal, como es el desarrollo de una actividad industrial”*.

ii) Por lo que hace a los daños acumulados, la dificultad radica en precisar cómo atribuir la responsabilidad penal cuando han concurrido varias conductas, todas ellas permitidas de forma individual, pero cuya suma o conjunto produce el resultado dañoso delictivo. ALCÁCER GUIRAO<sup>81</sup> expone **la teoría de los daños acumulativos** de LOTHAR KUHLEN y analiza sus consecuencias prácticas: se produce una tendencia expansiva a la atribución de responsabilidad, surgen nuevos intereses de protección de carácter global y la imputación de responsabilidad se ve modificada, por cuanto una acumulación de actos individuales, en sí inocuos, pueden conllevar, si todos los cometen, el daño irreparable del medio ambiente. KUHLEN toma dicho punto de partida para afirmar que la protección del medio ambiente requiere la toma en consideración de *“las condiciones de vida de las generaciones futuras”*. Con ello no sería preciso ni siquiera un peligro abstracto y actual, sino que sería suficiente que existiera una *“prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas”*. Con este sistema se propendería a

<sup>78</sup> BORRILLO (2011), p. 9.

<sup>79</sup> DE LA CUESTA AGUADO (1999), pp. 239, 267-269.

<sup>80</sup> El TC ha concretado los requisitos de la prueba indiciaria, así, la STC 133/2014 de 22 de julio resume una consolidada doctrina en su F.J. 8º: *“A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común [...]”*.

<sup>81</sup> ALCÁCER GUIRAO (2002), pp. 7-15.

tendencias cuasiobjetivas –por no decir puramente objetivas-, centradas en la “previsibilidad potencial”, así como a la “responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales”, y la lesividad se basaría en “riesgos genéricos o difusos”, con implicaciones en el nexo causal, que se reconduciría a una “causalidad estadística”, pasándose de delitos de peligro abstracto a delitos de resultado.

FRISCH<sup>82</sup> estudia el supuesto de la protección por el Derecho Penal de las generaciones futuras y llega a la conclusión de que el papel del ordenamiento punitivo se encuentra muy limitado, ya que es un Derecho accesorio en materia medioambiental, que solo puede proceder contra comportamientos que no estén permitidos legalmente, tanto por el Derecho Administrativo como por el Derecho Civil; además, considera que las amenazas esenciales para el medio ambiente provienen de conductas admitidas por el Derecho nacional, por lo que resulta “utópico” entender que con el Derecho Penal se pueda conservar dicho entorno para generaciones futuras.

Podemos convenir en que, si bien resulta una finalidad bienintencionada la salvaguarda del medio ambiente y su conservación para las generaciones venideras, los postulados de KUHLEN conllevan una distorsión en categorías dogmáticas esenciales. Sin ánimo de ser exhaustivos podemos advertir que la causalidad no se puede afirmar en las acciones inocuas con el sistema actual: si cada acción, permitida legalmente, puede dar lugar a una atribución automática de responsabilidad, además de quebrarse el principio de unidad del ordenamiento jurídico, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad. Cada conducta aislada no tiene la virtualidad suficiente para poner en riesgo el medio ambiente, por lo que no se origina el peligro requerido por el tipo penal, con lo que la acción no sería típica. Tampoco es dable la imputación objetiva, puesto que no se actualiza el riesgo inherente a la conducta –que es en sí misma inocua-, ni se incrementa el peligro, ni se puede atribuir a un comportamiento legítimo un resultado producido por una suma de actos distintos. Tampoco se colma el elemento subjetivo del tipo, puesto que ni se puede aceptar que concorra dolo eventual, ya que el sujeto desconoce que cause un delito, ni podemos entender que lo asuma; además, la imprudencia grave tampoco concurriría, por cuanto no se ha producido una infracción del deber objetivo ni subjetivo de cuidado, ni se ha vulnerado su previsibilidad. Asimismo, se estaría ante una “autoría accesorio justificada”, en que varios sujetos han llevado a cabo conductas similares, permitidas legalmente y, por ello, amparados en la consideración de que están facultados por una causa de justificación. Los elementos de la culpabilidad también se ven afectados: no se aprecia la conciencia de la antijuridicidad –dado que el ordenamiento en su conjunto no ha prohibido los actos inocuos-, y tampoco existe un deber de actuar de forma distinta, por lo que no concurre el reproche culpabilístico. A su vez, fundamentar el reproche en la prognosis de conductas similares futuras conlleva que se pase de un Derecho Penal del hecho a un Derecho Penal de la profecía, lo que resulta del todo punto inadmisibles. Semejante adelanto en las barreras punitivas excede con creces la finalidad de prevención general y no responde a los principios de intervención mínima y carácter fragmentario del ordenamiento penal, antes al contrario, se excede en la criminalización y en la punición de conductas no merecedoras de pena.

### 3.5. La responsabilidad civil y su cuantificación

Además de las responsabilidades penales que se pueden ventilar en los procesos analizados, surge una dificultad añadida a la hora de reparar los daños causados y, por ende, a la hora de cuantificar o fijar la responsabilidad civil. No nos referimos aquí a los daños que se pueden determinar con mayor facilidad, que vendrían representados por el lucro cesante de empresas o personas afectadas, daños en bienes que tengan un contenido pecuniario –valor de tierras, de bienes de equipo o material de trabajo- o, incluso, indemnizaciones por daños a la salud, que dentro de su carácter intangible han dado lugar a pronunciamientos judiciales en los que se

---

<sup>82</sup> FRISCH (2015), pp. 8 y 9.

siguen unos criterios o baremos objetivos o, al menos, objetivizantes. Por el contrario, nos referimos a los daños inferidos a un concepto etéreo como el del medio ambiente, por lo que la materia que estamos analizando tiene un carácter imponderable económicamente: ¿Cómo determinamos en euros qué supone la contaminación de un río? ¿Cómo precisamos las consecuencias futuras de una contaminación? ¿Qué pasa con los daños sobrevenidos mucho tiempo después, en los que resulta difícil precisar la relación de causalidad con el hecho/s base? Éstas y otras interrogantes se plantean a la hora de abordar la siempre difícil tarea de reconducir a un cauce económico aquellas cuestiones que simplemente son *res extra commercium* y cuya traslación o extrapolación a criterios crematísticos resulta siempre artificial, costosa, hipotética e insegura.

A la hora de señalar algunos criterios orientativos podemos seguir a DE VEGA RUIZ<sup>83</sup>, quien considera que se pueden diferenciar cuatro tipos de daños: i) *daños instantáneos y determinados*, que son aquéllos que no tienen proyección futura, que se derivan de forma directa de los hechos contaminantes; ii) *daños continuados*, que tienen su origen en actos sucesivos y que pueden cesar, con lo que no tendrían consecuencias “en los tiempos venideros”; iii) los *daños permanentes*, que son los que presentan un carácter irreversible y no susceptibles de subsanación y, en último término, iv) los *daños consecuentes*, que identifica con “los perjuicios progresivos”, y son aquéllos que agravan los daños causados mediante el transcurso del tiempo, por lo que su pronóstico es muy difícil –por no decir imposible-.

Por lo que respecta a estos daños sobrevenidos debemos apuntar que constituyen un incremento<sup>84</sup> del resultado lesivo de las conductas contaminantes, y que su determinación conlleva que habrá que estar al análisis del suelo, del subsuelo, de las aguas marítimas, terrestres o subterráneas, y ponderar la progresión que experimenten. Por tanto, podemos convenir en que estos daños no pueden reconducirse a una foto fija en un momento determinado, sino que tienen un carácter dinámico y expansivo, lo que se cohonestará mal con su plasmación concreta en la sentencia. Los métodos a los que podemos acudir para su fijación tienen en cuenta factores estadísticos, comparativos y son de carácter técnico. Por este motivo, es esencial que se efectúe un seguimiento posterior a los procesos judiciales, que se evalúe la recuperación, el mantenimiento o el deterioro acaecidos, y que se cuantifique de la forma más precisa posible. A juicio de DEL MORAL GARCÍA<sup>85</sup>, en materia medioambiental, conforme a lo prescrito por el artículo 339 CP<sup>86</sup>, la responsabilidad civil debe basarse en “*el concepto amplio de restitución*”. De este modo, si conforme al artículo 110 CP, la responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, en el ámbito objeto de estudio debemos centrarnos en la primera finalidad, sin perjuicio de que los demás aspectos también deban ser resarcidos. Así, podemos sintetizar la finalidad restitutoria<sup>87</sup>

<sup>83</sup> DE VEGA RUIZ (1991), pp. 26 y 27.

<sup>84</sup> OVALLE MADRID (2004), p. 111.

<sup>85</sup> DEL MORAL GARCÍA (2004), pp. 112 y 113.

<sup>86</sup> Artículo 339 CP: “Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”.

<sup>87</sup> Esta consideración se constata de forma patente en la STS 1073/2003, de 25 de septiembre, que establece lo siguiente: “Nos encontramos ante un supuesto en el que **la actuación reparadora de los efectos y consecuencias del delito se mueven en las dos opciones posibles, la reparación y la indemnización**. Tratándose de un delito cometido contra un paraje de valor ecológico incuestionable, como reconoce la propia sentencia, el efecto reparador de la actuación del Derecho Penal, **debe poner especial énfasis en la recuperación a ser posible total**, de la configuración del Marjal antes de que se empezase a actuar por parte del acusado, ya que no es posible establecer la responsabilidad civil subsidiaria en este trámite, porque la Corporación Local no ha sido parte en el recurso de casación ni ha sido oída. El efecto más adecuado de la actuación del Derecho Penal, sería el de conseguir **en primer lugar la restitución íntegra e indemne del objeto del delito o la reparación del daño o, en último caso, obtener una satisfacción**

y, combinada con el principio de que “quien contamina, paga”, extender el campo de actuación del mismo y estimar que “quien contamina, paga y restituye la situación a su estado anterior”.

### 3.6. Casos mediáticos: expectativas generadas (y frustradas)

Puesto que los temas medioambientales generan alarma y conmoción sociales cuando se producen grandes catástrofes naturales —véase el caso Prestige o las Minas de Aznalcóllar en España—, los medios de comunicación tienden a efectuar en tales desgraciadas ocasiones un amplio seguimiento, que puede resultar contraproducente a los fines de la investigación: con ello no quiero, en absoluto, limitar la libertad de información o de opinión, sino que resalto que debería efectuarse un ejercicio responsable de la profesión periodística. Los juicios paralelos, las indeseadas filtraciones judiciales, los comentarios desconectados de lo noticiable, las intromisiones en la vida privada de los jueces —que no son personajes públicos, sino que desempeñan una función pública—, las opiniones infundadas y las críticas injustas y carentes de argumentos pueden generar un caldo de cultivo en que la investigación se resienta, el instructor sienta la presión mediática y el escrutinio de la opinión pública y ello repercuta de forma desfavorable en las decisiones que se adopten. En este sentido, se crean determinadas expectativas punitivas en la opinión pública, que tiende a considerar el Derecho Penal como la solución a todos los males.

Como ejemplo podemos traer a colación el Caso Prestige, en que un petrolero monocasco se accidentó el 13 de noviembre de 2002 frente a la Costa da Morte y, tras varios días de maniobra para alejarlo de la costa gallega se produjo su hundimiento y posterior vertido de combustible, cuya área de afectación abarcó desde Portugal hasta las Landas francesas. Tras el accidente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>88</sup> señaló cuáles eran algunas de las posibles responsabilidades penales que se podían atribuir, indiciariamente, por tales hechos: i) **las autoridades administrativas españolas** podrían haber incurrido en un delito ecológico del artículo 325 CP, cometido por imprudencia grave dado que, al adoptar la decisión de alejar el barco de las costas gallegas, y por tanto tras haber asumido éstas el control de la fuente de peligro, “el vertido no sólo prosiguió sino que incluso se vio desmesuradamente aumentado”, por lo que, en base a un concepto extensivo de autor y a que el tipo penal no solo alude a “realizar” vertidos, sino también a provocarlos, opinaba que sería dable atribuir responsabilidad penal por la medida adoptada. Además, exponía que tal delito estaba en concurso ideal con el delito del artículo 330 en relación con el 331 CP, al haberse causado daños en un “espacio natural protegido”, y que se podía añadir el delito de daños del artículo 267 CP, en su modalidad imprudente. ii) El **capitán del barco**: inicialmente se le atribuían a Apostolos Mangouras<sup>89</sup> un delito de desobediencia grave a las autoridades españolas por su negativa a acatar las órdenes recibidas, que se incardinaría en el artículo 556 CP, el tipo básico del artículo 325 CP y el delito de daños en espacio protegido del artículo 331 CP. Entendía MARTÍNEZ-BUJÁN que de las conversaciones existentes se infería que el

---

*indemnizatoria que no siempre colma las exigencias de las partes. En este caso la solución ajustada es la de realizar, a costa del causante, las actuaciones necesarias para retirar los escombros vertidos, levantando el aterramiento y restituyendo al Marjal de La Sabor a su estado anterior a los vertidos derivados de las autorizaciones ilícitas concedidas o actuaciones concertadas por el acusado”.*

<sup>88</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2003), pp. 13-16, 25-29,

<sup>89</sup> A propósito del Capitán Mangouras, VERDÚ BAEZA (2011), pp. 513-520, señala que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 28 de septiembre de 2010 (Gran Sala), asunto Mangouras C. España, 12050/04, -que estimó que no se vulneraba el artículo 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) por la imposición de una fianza de 3.000.000 de euros al capitán Mangouras ni por la prisión provisional acordada por el juzgado de Corcubión—, supuso un alejamiento sutil por parte del TEDH de su línea interpretativa en relación con el papel de la fianza como garantía para la libertad provisional de un imputado y de la posición central del artículo 5.3 del Convenio como garantía última de la interdicción de la arbitrariedad en las privaciones de libertad. Así, el TEDH mostró “una decidida sensibilidad ante las consecuencias ambientales catastróficas del presunto hecho delictivo consistente en un grave episodio de contaminación”, lo que califica dicho autor como una “interesante aportación del Tribunal en la construcción de un sistema de garantías de protección del medio ambiente”.



capitán no había desobedecido, que el tipo del artículo 331 CP no se le podía imputar objetivamente, en cuanto el desplazamiento del barco fue ordenado por las autoridades españolas, con lo que su conducta no fue la generadora del riesgo y que, a lo sumo, debía responder por el tipo básico del artículo 325 CP por imprudencia. iii) Las **personas vinculadas a la propiedad y explotación del buque**: se les podría imputar, por imprudencia, haber consentido el transporte de una carga altamente contaminante en una embarcación que no reunía las necesarias condiciones de seguridad, por lo que se incardinaría en el tipo básico del artículo 325 CP, pero consideraba que, en el momento inicial de la investigación, solo se podría atribuir la responsabilidad a título de autoría accesoria imprudente.

El resultado<sup>90</sup> del proceso penal fue el siguiente: en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (SAP A Coruña, sección 1ª, de 13 de noviembre de 2013) solo se condenó penalmente al capitán Mangouras por un delito de desobediencia. Tras el recurso interpuesto frente a la misma, la STS de la Sala 2ª, nº 865/2015, de 14 de enero de 2016, condenó al capitán por un delito imprudente contra el medio ambiente en la modalidad agravada de deterioro catastrófico (artículo 325 en relación con el artículo 321 y el 326 e) CP, según la redacción vigente en el momento de los hechos), y le absolvió del delito de desobediencia grave. Por tanto, más de una década después de la mayor catástrofe medioambiental acaecida en España, solo el capitán del barco fue condenado por imprudencia, y todas las expectativas surgidas resultaron frustradas.

Algo similar ocurrió en el Caso de las Minas de Aznalcóllar, que podemos sintetizar en que en la madrugada del 25 de abril de 1998 se rompieron los muros de contención de la industria minera explotada por la empresa BOLIDEN y se provocó el vertido de cinco kilómetros de aguas ácidas y lodos tóxicos al río Agrio, contaminando su cauce, así como las explotaciones agrícolas circundantes, lo que puso en peligro el Parque Nacional de Doñana. Se iniciaron varios<sup>91</sup> procesos judiciales: uno penal, que se archivó porque se consideró que ninguno de los (entonces) imputados había incurrido en imprudencia grave, otro contencioso-administrativo, en que el TS confirmó la sanción pecuniaria impuesta tras el procedimiento sancionador instado por la Junta de Andalucía. No obstante, el reembolso de los costes de reposición satisfechos por la Junta ha dado lugar a varias declaraciones de incompetencia de los órganos judiciales: primero del orden jurisdiccional civil, luego del orden contencioso y, en último término, la causa ha sido asumida por el juzgado que hace más de diez años se declaró incompetente. También se acudió a la vía civil por parte de BOLIDEN, que demandó –sin éxito– a las empresas de ingeniería y de construcción que llevaron a cabo su instalación, así como a sus compañías aseguradoras, pretendiendo que fueran responsables de los daños causados en virtud de su incumplimiento contractual. Asimismo, empresas y particulares afectados también han acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa, reclamando la reparación económica de la Junta de Andalucía al amparo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, alegando infracción de su función inspectora; sin embargo, en dichos procesos se ha exonerado de responsabilidad a la Administración Pública.

Estos dos ejemplos son sintomáticos de la dificultad de dar una respuesta penal a las grandes catástrofes medioambientales; para SILVA SÁNCHEZ<sup>92</sup>, el principal problema son las relaciones entre la Administración y las empresas correspondientes, que se halla presidida más por “*consideraciones de cooperación que de confrontación*”, además, ahondando en los postulados de la “sociedad del riesgo” del sociólogo alemán ULRICH BECK manifiesta que “*La poco agradable*

<sup>90</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2016), pp. 9 y 10, quien se muestra muy crítico con todo el procedimiento, calificándolo como “*cúmulo de despropósitos jurídico-penales*”, estimando que hubo una “*instrucción lamentable*”, que la Audiencia de A Coruña dictó una “*disparatada sentencia*”, y que la resolución del Alto Tribunal “*representa un (in-) digno colofón*”.

<sup>91</sup> GÓMEZ LIGÜERRE (2012), pp. 3 y 4.

<sup>92</sup> SILVA SÁNCHEZ (1997), p. 134.

*conclusión acerca de la existencia de unas administraciones públicas ‘contaminantes’ o, llevando más allá los términos del problema, de una sociedad que entra en contradicción consigo misma al adoptar decisiones que la ponen en peligro relevante está, como se advertirá, en el horizonte más próximo del planteamiento de esta cuestión”.*

Esta falta de respuesta punitiva puede tener consecuencias en el campo de la prevención general, por cuanto la amenaza de la pena no se encuentra presente de forma tan latente: puede conllevar que las empresas contaminantes sopesen la rentabilidad de seguir infringiendo la normativa administrativa, al socaire de la ausencia de sanciones penales. No obstante, la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en el año 2010 constituye un importante freno a esa posibilidad. Sin embargo, en lo que concierne a la determinación de las personas físicas concretamente responsables, la vía penal no ha arrojado las sanciones esperadas por algunos. Podemos señalar como principales causas la dificultad de precisar la imputación objetiva, el desconocimiento de los concretos cursos causales, la estructura de los tipos como delitos de peligro hipotético, que se trate habitualmente de delitos imprudentes o, a lo sumo, cometidos por dolo eventual –salvo supuestos patológicos de sujetos que sepan y deseen cometer el delito contra el medio ambiente–, el juego del principio *in dubio pro reo*, los resultados acumulativos por la acción de diferentes agentes a lo largo de un lapso temporal prolongado, la ausencia de medios de prueba o la valoración que ha de hacerse sobre la prueba indiciaria. Todos estos factores, tanto objetivos como subjetivos, han de ser conjugados y ponderados antes de emitir juicios pesimistas sobre la eficacia del sistema punitivo: el proceso penal no puede ser el Bálsamo de Fierabrás, la cura para todos los males, ni una sentencia absolutoria significa un fracaso del Estado de Derecho; antes al contrario, demuestra que una maquinaria judicial se ha puesto en funcionamiento, que se han respetado los derechos fundamentales y la presunción de inocencia, que han existido las garantías procesales y que los juicios se celebran en las salas de vistas, no en los platós de televisión. Algunos pueden objetar que delinquir, en determinados supuestos, resulta impune, y que el principio de que quien contamina paga no siempre se cumple. Otros responderemos que preferimos ver a cien culpables absueltos antes que a un inocente condenado: son las bases del proceso penal las que están en juego y las tendencias administrativizadoras no pueden asumirse so riesgo de desnaturalizar el sistema punitivo y sus principios fundamentales.

#### 4. Bibliografía

- ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Servicio de publicaciones e intercambio científico, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2002.
- ABEL SOUTO, M., “Las leyes penales en blanco”, *Nuevo Foro Penal*, nº 68, 2005, pp. 13-30.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, nº 195, 2014, pp. 135-167.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 4, 2002, 30 pp..
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 5, 1980-1981, pp. 191-214.
- BLANCO CORDERO, I., “El Derecho Penal y el Primer Pilar de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 6, 2004, pp. 1-26.
- BORRILLO, D., “Ecological crimes and environmental criminal law: Reflections on the environmental criminal law in the European Union”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 3, nº 1, 2011, pp. 1-14.
- CEREZO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2002, pp. 47-72.

- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La protección civil del medio ambiente”, *Jueces para la democracia*, nº 8, 1989, pp. 30-35.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1999.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015”, *Revista Penal*, nº 36, 2015, pp. 86-104.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Delitos contra el medio ambiente: accesoriadad administrativa”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (dir.), *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 75, 2005, pp. 9-78.
- DE LA VARGA PASTOR, A., “Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 5 de abril de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Rafael Pérez Nieto)”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 70 (Julio), 2017, pp. 152-155.
- DE MIGUEL PERALES, C., “Los delitos medioambientales tras la última reforma del Código Penal: Una oportunidad perdida”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº Extra I, 2011, pp. 88-92.
- DE VEGA RUIZ, J.A., *El delito ecológico*, Colex, Madrid, 1991.
- DEL CERRO BARJA, A., “Derecho Comunitario e impacto ambiental. Regulación, repercusión y aspectos prácticos en España”, en VERCHER NOGUERA, A. (dir.), *El derecho europeo medioambiental: estado actual de la transposición del derecho comunitario al ordenamiento jurídico*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 67, 2004, pp. 125-152.
- DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente”, en GRANADOS PÉREZ, C. (dir.), *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 52, 2004, pp. 88-121.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El régimen jurídico de la prevención ambiental en la Comunidad de Castilla y León”, *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, nº 300-301, 2006, pp. 255-299.
- FRISCH, W., “Derecho penal y protección del clima: Posibilidades y límites de una contribución del Derecho penal a la protección del clima conforme a convenios internacionales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2015, pp. 1-22.
- GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 16, 1992-1993, pp. 63-104.
- GARCÍA VALDÉS, C., *El proyecto de nuevo código penal*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C.I., “Quien contamina paga...si alguna jurisdicción es competente para condenarlo: Conflictos de jurisdicción en el caso Boliden”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2012, 29 pp..
- GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la protección del ambiente”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 14, 1989-1990, pp. 109-136.
- GONZÁLEZ RADÍO, V., *El tiempo climático y su plasmación en los medios de comunicación*, Reprografía Noroeste, Santiago de Compostela, 2017.
- GONZÁLEZ URIEL, D., “Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65, nº I, 2017, pp. 151-183.
- GRANADOS PÉREZ, C., “La contaminación acústica”, en GRANADOS PÉREZ, C. (dir.), *op. cit.*, pp. 11-42.
- GRASSO, G., “La formación de un Derecho penal de la Unión Europea”, *Revista del Poder Judicial*, nº 52, 1998, pp. 177-212.
- HEFENDEHL, R., “Derecho penal medioambiental: ¿por qué o cómo?”, *Estudios públicos*, nº 110, 2008, pp. 165-192.
- IBÁÑEZ MÉNDEZ, I., “Los poderes públicos y la defensa del medio ambiente”, *Observatorio medioambiental*, nº 6, 2003, pp. 45-71.

- JORDANO FRAGA, J., "El Derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva (I)", *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de Derecho ambiental*, nº 0, 1998, pp.1-11.
- JORDANO FRAGA, J., "La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental", *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de Derecho ambiental*, nº 12-13, 2005, pp. 1-23.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Las posibles responsabilidades penales en el "caso Prestige"", *"IeZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea = Ambiente y derecho"*, nº 1, 2003, pp. 11-32.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Un nuevo despropósito jurídico en el caso "Prestige": ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016)", *Revista Foro FICP (Foro y Tribuna de la FICP)*, nº 3, 2016, pp. 9-63.
- MENDO ESTRELLA, A., "La compleja estructura de peligro en el denominado delito "ecológico" del artículo 325.1 del Código Penal: algunas alternativas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 61, Fasc/Mes 1, 2008, pp. 237-264.
- MESTRE DELGADO, E., "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988, pp. 503-528.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NIETO MARTÍN, A., "Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del medio ambiente", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 16, 2012, pp. 137-164.
- NOVELLI, M.H., "Consideraciones acerca de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental", *Cognitio iuris*, vol. 2, nº 4, 2012, pp. 40-51.
- OCHOA FIGUEROA, A., "Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica?", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11, 2014, pp. 253-294.
- OVALLE MADRID, G.L., "Delito contra el medio ambiente y delito de daños en el Código Penal español. La relación concursal entre un delito de peligro abstracto con verificación de resultado", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, nº 1, 2004, pp. 105-113.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., "El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma", *Jueces para la democracia*, nº 23, 1994, pp. 61-68.
- RAFOLS PÉREZ, I.J., "Vertidos contaminantes y delito contra el medio ambiente", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 4, 2004, pp. 213-260.
- RODRÍGUEZ LEÓN, L.C., "Ministerio Fiscal e instancias administrativas de control", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (dir.), *op. cit.*, pp. 161-186.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España", *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 5, 1980-1981, pp. 279-316.
- ROLDÁN BARBERO, H., "Detección e investigación de los delitos ecológicos", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 17, 2003, pp. 57-64.
- ROXIN, C., "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 15, 2013, 27 pp., disponible en <http://www.criminet.ugr.es/recpc/15/recpc1501.pdf>
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., "Turismo y medio ambiente: el delito ecológico, introducido en la reforma del Código Penal", *Estudios turísticos*, nº 79, 1983, pp. 55-59.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Las "normas de complemento" de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas", *Revista del poder judicial*, nº 52, 1998, pp. 483-498.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 4-5, 1997, p. 121-151.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2012.

- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Artículo 325 del Código Penal. Lecturas jurisprudenciales”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (dir.), *op. cit.*, pp. 125-159.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español: luces y sombras”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996, pp. 289-327.
- TIEDEMANN, K., “La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Fasc/Mes 2, 1996, 385-405.
- VELASCO NÚÑEZ, E./SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- VERCHER NOGUERA, A., “La incipiente regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Derecho Comunitario Europeo”, en VERCHER NOGUERA, A. (dir.), *op. cit.*, pp. 9-48.
- VERDÚ BAEZA, J., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 28.09.2010 (Gran Sala), Mangouras c. España, 12050/04 - «Artículo 5.3 CEDH - Proporcionalidad de medidas cautelares en delitos ecológicos» - Las sentencias «ambientalistas» del TEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 39, 2011, pp. 503-521.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 1997, pp. 211-239.